J. Rom. m.
600.r

~~Z. 177.~~
C I. 13

J. rom. m.
600 r

Thibaut

Dem königl. Appellationsgericht zu Zweibrücken gehörig.

= 6

40 kr.

<36611065360016

<36611065360016

Bayer. Staatsbibliothek

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Ueber Besitz und Verjährung

von

A. F. J. Thibaut,
ord. Prof. d. Rechts in Jena.

Jena,
bey Johann Michael Mauke.
1802.

G.n. 2955

Vorerinnerung.

In den bisher (nothgedrungen, bis zur Vollendung meines eignen Lehrbuchs) von mir gehaltenen Vorlesungen über das Hellfeldische Pandekten-Compendium war ich nirgend in so großer Verlegenheit, als bey der Entwicklung der Grundsätze über Besitz und Verjährung. Beyde Materien sind von der Art, daß Versetzung der Paragraphen, erläuternde, berichtigende und ergänzende Anmerkungen wenig oder nichts helfen, wenn dem Autor die Darstellung des Ganzen so durchaus mißlungen ist. Ich

entwarf daher eine kurze Theorie über Besitz und Verjährung, und theilte diese im Manuscript meinen Zuhörern zum Abschreiben mit. Da ich aber auf einer größeren Academie dieß nicht mehr möglich machen konnte, so hielt ich es für besser, meinen ersten Entwurf noch etwas weitläuftiger auszuführen, und denselben dem Druck zu übergeben. Dieß ist die Veranlassung dieser Blätter, und ich bitte daher das Publicum, meine Arbeit im Ganzen nur allein mit Rücksicht auf den Zweck, für welchen sie zunächst bestimmt war, zu beurtheilen.

Jena, den 23. Jun. 1802.

A. T.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Inhaltsanzeige.

Erster Theil.

Erster Abschnitt.

Ueber die ursprüngliche Beschaffenheit des Besitzes.

I.) Ueber den ursprünglichen Begriff des Besitzes. §. 1. 2.

II.) Folgerungen daraus:

1) In Rücksicht der Natur des Besitzes. §. 3.

2) In Rücksicht der Erwerbung. §. 4.

3) In Rücksicht des Verlustes desselben. §. 5.

III.) Einleitung zu dem folgenden. §. 6.

Zweyter Abschnitt.

Ueber den Besitz, insofern derselbe durch positive Gesetze rechtlich ausgebildet und bestimmt ist.

I.) Fälle da der, welcher im ursprünglichen Verstande besitzt, nach den positiven Gesetzen als Nichtbesitzer betrachtet wird. Unter dieser Rubrik folgen dann Erörterungen:

1) Ueber die eigentlichen possessores, und die, denen eine nuda detentio zugeschrieben wird. §. 7 — 9.

2) Ueber die Fälle, da ausnahmsweise der, welcher nach allgemeinen Begriffen possessor seyn würde, dennoch nicht als solcher angesehen wird, §. 10. und zwar wenn

A.) eine dem Commerz entzogene Sache, oder

B.) ein freyer Mensch besessen wird.

C.) Wenn der, welcher selbst besessen, oder

D.) unter der potestas des Herrn oder Vaters ist, besitzt.

E.) Wenn keine possessio vacua tradirt, oder

F.) die Sache mit andern vereinigt ist.

G.) Wenn sie eine Specification erleidet.

H.) Wenn durch ein Urtheil der Besitz aberkannt wird.

I.) Wenn des Erblassers Besitz fehlerhaft war, oder

K.) der Besitzer sich selbst die caussa possessionis ändert.

L.) Wenn ein beschränkter Ehegatte besitzt.

M.) Wenn der Pfandinhaber in Rücksicht der usucapio betrachtet wird.

N.) Wenn ein willensfähiges Kind den Besitz ergreift.

3) Ueber possessio naturalis und civilis, und was damit in Verbindung steht. §. 11 — 13.

4) Ueber possessio iusta und iniusta. §. 14.

5) Ueber bonae und malae fidei possessio §. 15.

II.) Fälle da der, welcher im ursprünglichen Wortverstande, oder nach allgemeinen rechtlichen Fictionen nicht besitzt, dennoch als Besitzer angesehen wird.

1) In Rücksicht der Natur des Besitzes überhaupt, und der Erwerbung desselben.

A.) Ueber die sogenannten Quasi-Besitzer. §. 16.

B.) Ueber den Besitz mehrerer Personen. §. 17.

C.) Ueber die Erlangung des Besitzes durch Mittelspersonen. §. 18.

D.) Ueber die singulairen Arten der Besitzerwerbung durch sich selbst, oder einen andern, §. 19. und zwar.
a) durch Berührung eines Theils der Sache;
b) durch Niederlegung in dem Hause;
c) durch den Entschluß, wenn die Sache in einem besessenen Bezirk liegt;
d) durch traditio longa manu und Werkzeuge;
e) durch traditio symbolica;
f) durch Uebergabe der Instrumente;
g) durch traditio brevi manu ohne wahre Detention;
h) durch das Constitutum possessorium;
i) durch Erbgang;
k) durch richterliches Erkenntniß;
l) durch Gewohnheiten und Statute.
E.) Ueber den Besitz einer universitas und die fictos possessores. §. 20.
2) In Rücksicht der Fortsetzung und des Verlusts des Besitzes. Hier wird untersucht:
A.) Inwiefern der Besitz animo et corpore fortgesetzt und verloren wird. §. 21. 22.
B.) Inwiefern man denselben durch Mittelspersonen fortsetzt und verliert. §. 23.

Dritter Abschnitt.

Ueber die rechtlichen Wirkungen des Besitzes.

I.) Ueber die daraus entspringenden Rechte. §. 24—26.
II.) Ueber die damit verknüpften Verbindlichkeiten. §. 27.

Zweyter Theil.

Einleitung.

Begriff der Verjährung, ihrer Arten und Geschichte derselben. §. 1—15.

Erste Abtheilung.

Ueber die Praescriptio definita. §. 16—73.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Grundsätze über die Erfordernisse aller Arten der stimmten Verjährung. Die Erfordernisse sind:
I.) Ein fortwährender ununterbrochener Besitz. §. 16—18.
II.) Der Ablauf einer Zeit. §. 19.
III.) Guter Glaube. §. 20. 21.
IV.) Eine überhaupt verjährungsfähige Sache. §. 22. 23.
V.) Die rechtliche Möglichkeit der Rechtsverfolgung. §. 24.

Zweyter Abschnitt.

Erfordernisse der einzelnen Arten der Verjährung.

Erstes Kapitel.

Erfordernisse der einzelnen Arten der erwerbenden Verjährung; und zwar
I.) des Eigenthums.
1) Durch praescriptio longi temporis. Diese sind:
A.) Ein gerechter Titel. §. 26—28.
B.) Eine der Usucapion fähige Sache. §. 29. 30.
C.) Der Ablauf von 3, 4, 10, 20 Jahren. §. 31. 32.
2) Durch praescriptio longissimi temporis. §. 33. 34.
II.) des sogenannten dominii utilis. §. 35.
III.) der Servituten. §. 36.

IV.) der Freyheit §. 36. b.
V.) des Pfandrechts, persönlicher und andrer einheimischer Rechte. §. 37.

Zweytes Kapitel.

Ueber die einzelnen Arten der erlöschenden Verjährung.

I.) Allgemeine Grundsätze. §. 38—41.
II.) Besondere Fälle des Erlöschens.
1) Der Klagen.
A.) Allgemeine Grundsätze. §. 42—45.
B.) Ueber die Dauer der Klagen.
a) Regel für alle Klagen im Ganzen. §. 46.
b) Ausnahmen, da
A.) gewisse Klagen überhaupt
a) einen längern, §. 47.
b) einen kürzern, §. 48—53.
c) einen vermischten Zeitraum haben. §. 54.
B.) Da Klagen in gewissen Fällen von der Regel abweichen. §. 55.
2) Der Einreden. §. 56.
3) Der Servituten. §. 57—59.
4) Der Deutschen Servituten, und was denselben gleich ist, besonders der jährlichen Zinsen. §. 60.
5) Der väterlichen Gewalt. §. 61.
6) Der Privilegien. §. 62.
7) Verschiedener andrer Rechte. §. 63.

Dritter Abschnitt.

Ueber die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eine vollendete Verjährung, besonders

I.) Der Minderjährigen, und zwar
1) der eigentlichen minorum,
A.) gegen die praescriptio legalis. §. 65—67.
B.) — — — conventionalis. §. 68.

C.) gegen die praescriptio testamentaria. §. 69.
D.) — — — iudicialis. §. 70.
2) derer, welche analogisch die iura minorum haben, §. 71.
II.) der Abwesenden. §. 72. 73.

Zweyte Abtheilung.

Ueber die praescriptio indefinita oder immemorialis.
I.) Allgemeine Grundsätze. §. 74 – 79.
II.) Ueber den Beweis und Gegenbeweis.
1) durch Zeugen, §. 80 — 83.
2) durch Urkunden, §. 84.
3) durch Eydesdelation. §. 85.
III.) Schlußbemerkung über die Frage: ob die unvordenkliche Verjährung sich im Naturrecht gründe, und im Staat rechtlich nothwendig sey?

Erster Theil.

Ueber den Besitz.

Erster Abschnitt.

Ueber die ursprüngliche Beschaffenheit des Besitzes (1).

§. 1.

Das Römische possidere deutet, wie das Deutsche Besitzen, seinem ursprünglichen Wortverstande zufolge, das Factum an, da Jemand eine körperliche Sache durch Sitzen oder körperliches Begreifen in seiner physischen Gewalt hat,

(1) Eine Anzeige vieler der wichtigsten Schriften über den Besitz s. in Hofacker princ. jur. R. G. T. II. §. 756. zu den hier angegebenen sind noch folgende hinzuzusetzen: E. C. Westphal Syst. des Röm. Rechts über die Arten der Sachen u. s. w. Leipz. 1788. 8. § 19—321. A. J. Cuper Observ. select. de natur. poss. Lugdun. Bat. 1789. 4. C. F. W. v. Spangenberg Vers. einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz. Bayreuth. 1794. 8.

es sey nun in der Absicht sie detiniren, und Rechte an derselben ausüben zu wollen, oder ohne dieß (¹).

§. 2.

Nothwendig ist es, daß das positive Recht diesen factischen Zustand schützt, und dem, welcher eine Sache detinirt, nicht allein das Recht ertheilt, sich selbst in seinem Besitz zu vertheidigen, sondern auch durch rechtliche Zwangsmittel den Besitz zu erhalten, oder den verlornen Besitz wieder herzustellen sucht. Das bloße Factum des Besitzes muß also in jedem Staat eine Quelle von Rechten werden, jedoch natürlich nur insofern, als der Besitzende die rechtliche Absicht hat, den Besitz wirklich auszuüben, und die Sache aus ir-

F. G. Fleck hermeneutices tituli P. de acquir. vel amitt. posseſſ. Specimina duo. Lipſ. 1796. F. W. Sibeth Erörterungen aus der Lehre vom Besitz. Erster Theil. Rostock 1800. (unter aller Critik).

(1) L. 1. pr. L. 3. pr. §. 3. h. t. (unter dem: h. t. verstehe ich in der Folge stets den Titel: de acqu. vel am. posseſſ.). Ueber die Etymologie des Wortes, nämlich ob man es herleiten solle von ponere ſedem; oder von pos ſ. potis und ſedere; oder von porro und ſedere; oder pone und ſedere, ist unter den Grammatikern viel Streit. Vergl. Alciat Diſpunct. L. 1. c. 1. Voſs in Etym. ling. lat. und Gesner Theſ. ſ. v. poſſeſſio; Menagii amoen. i. c. cap. 39. voc. poſſeſſio; Cannegieter Obſ. L. 4. O. 7.

gend einem rechtlichen Grunde zu detiniren. Denn ohne diese Absicht kann der im Besitz gestörte Besitzer nur über seine verletzte Persönlichkeit Beschwerde führen. Der Jurist muß mithin den Begriff des Besitzes, sofern derselbe rechtliche Rücksicht verdienen soll, nothwendig erweitern, und von dem Besitzer außer der körperlichen Inhabung (detentio rei) noch besonders die Absicht verlangen, das Factum des Besitzens sich ausschließlich anmaßen zu wollen (animus detinendi). Hieraus bildet sich denn der ursprüngliche Begriff des juristischen Besitzes ganz von selbst (1).

§. 3.

Aus diesem juristischen Begriff des Besitzes folgt nun I.) in Ansehung der Natur desselben überhaupt, daß 1) das Subject des Besitzes jenes factum animi et corporis zugleich ausüben muß, und daß der, welcher des einen oder des andern unfähig ist, nicht als Besitzer betrachtet werden kann. Es kann also a) nur der besitzen, welcher einen Körper hat. Sogenannte moralische Personen, welche unkörperlich sind, da die einzelnen physischen Personen, durch deren Gesammtwillen sie ihre Existenz erhalten, nicht als Theile in Be-

(1) L. 1. §. 3. L. 41. h. t. Uneigentliche Bedeutungen des Wortes possessio kommen vor in L. 11. de alienat. judic. mut. causs. fact. L. 15. §. 1. 2. qui satisd. cog. L. 78. de V. S.

tracht kommen ([1]), sind eines natürlichen Besitzes völlig unfähig ([2]). b) Wer den animus detinendi nicht hat, wie z. B. der, welcher nicht weiß, daß er detinirt, oder glaubt, ein anderes Object zu detiniren, übt keinen Besitz aus ([3]). Dasselbe gilt von Kindern und Rasenden, insofern sie keines Willens fähig sind ([4]). c) Mehrere Subjecte können nicht zugleich einen und denselben Besitz ausüben, da sich Körper im Raum ausschließen, und insofern, als der eine besitzt, der andere nicht besitzen kann ([5]). 2) Das Object des Besitzes muß eine körperliche Sache seyn ([6]), und zwar eine bestimmte Sache, da der Begriff des Besitzes, als einer ausschließlichen Detention, mit dem Begriff eines ungewissen Theils nicht vereinbarlich ist ([7]).

(1) L. 6. §. 1. de rer. divis. L. 7. §. 1. quod cuiuscunq. univ. nom. L. 10. §. 4. de in jus vocand.

(2) L. 1. §. 22. h. t.

(3) L. 3. §. 3. L. 34. h. t.

(4) L. 1. §. 3. L. 32. §. 2. h. t.

(5) L. 3. §. 5. h. t. L. 19. pr. de precar. Ueber die mancherley Streitigkeiten, welche diese Fragmente veranlaßt haben, vergl. Westphal §. 65. Cuper pag. 86—92. p. 94. Fleck p. 25—30.

(6) L. 3. pr. h. t. L. 4. §. 27. L. 9. de usurp. L. 14. pr. de servit. L. 43. §. 1. de A. R. D.

(7) L. 1. §. 2. L. 26. h. t. L. 12. §. 2. de usurp. et usucap.

§. 4.

II.) In Betreff der Erwerbung, der Fortsetzung und des Verlustes des Besitzes ergibt sich aus jenem Begriff: 1) daß ohne das Zusammentreffen der Detention und der Absicht zu detiniren kein Besitz anfangen kann ([1]). Ist Jemand bisher schon in der Detention der Sache gewesen, so bedarf er nur noch der rechtlichen Absicht, um den Besitz zu erwerben (traditio brevi manu ([2]). War dieß hingegen nicht der Fall, so muß er die Sache durch Ergreifen in seine physische Detention bringen. Geht diesem Ergreifen die willkührliche Begebung der Detention von Seiten des bisherigen Besitzers vorher, so wird dieß die wahre Uebergabe (traditio oder traditio vera) genannt ([3]).

§. 5.

2) Der Besitz wird verloren, wenn auch nur eins der beyden Haupterfordernisse desselben aufhört, also wenn Jemand den animus detinendi

(1) L. 3. §. 1. L. 23. pr. L. 48. h. t. §. 5. in f. J. de interdict.

(2) §. 44. J. de rer. divis. L. 9. §. 5. L. 21. §. 1. de acq. rer. dom.. L. 9. §. 1. 2. de publ. in rem act. Richtig bemerkt Cuper pag. 64. not. 27. daß diese sogenannte traditio brevi manu nichts singulaires sey, sondern aus dem natürlichen Begriff des Besitzes folge.

(3) L. 3. §. 1. L. 48. h. t.

selbstthätig aufgibt, oder derselbe unwillkührlich aufhört; oder wenn das factum detentionis wegfällt, der Besitz mag nun auf einen andern übergehen oder nicht (1). Durch den Tod eines Menschen erlöscht also der Besitz, und der Erbe desselben muß aufs neue den Besitz ergreifen, wenn er die damit verknüpften Vortheile genießen will (2).

§. 6.

Die Lehre vom Besitz würde äußerst einfach seyn, wenn der bisher entwickelte Begriff des ursprünglichen juristischen Besitzes als das einzige Princip in dieser Materie betrachtet werden könnte. Allein die positiven Gesetze haben durch rechtliche Fictionen so vieles geändert, daß an die Stelle des ursprünglichen Besitzes ein ganz neues Wesen getreten ist, dem mit dem eigentlichen Besitz kaum mehr, als der Name gemein ist. Es gibt nämlich viele Fälle, da der, welcher im eigentlichen Verstande nicht besitzt, von den Gesetzen eben so behandelt wird, als ob er besäße (possessio multa ex jure mutuatur); so wie es auf der andern Seite viele Fälle gibt, da die Gesetze den, welcher im ursprünglichen Verstande wirklich be-

(1) L. 3. §. 6. 8. 13. 17. 18. L. 15. L. 30. §. 4. h. t. Ueber die Art, wie der Widerstreit zwischen diesen Gesetzen und L. 8. h. t. gehoben werden muß, s. unten §. 22. Nr. A. b.

(2) L. 23. pr. h. t. Westphal §. 28—30. Hofacker §. 773.

sitzt, dennoch als Nichtbesitzer betrachten (possessio juris est) ([1]). Seitdem die Natur des Besitzes auf diese Weise rechtlich umgebildet ist, kann denn der Satz, daß der Besitz etwas factisches sey, nicht mehr unbedingt in seinem natürlichen Sinn verstanden werden; doch muß man alles das, was aus dem ursprünglichen Begriff des Besitzes folgt, solange beybehalten, als eine gesetzliche Abänderung nicht erweislich gemacht werden kann. Die Lehre vom natürlichen juristischen Besitz stellt also die Grundsätze dieser Materie auf; die Lehre vom juristisch ausgebildeten Besitze enthält bloße Ausnahmen.

(1) L. 49. pr. §. 1. h. t. Cuper P. 1. c. 5.

Zweyter Abschnitt.

Ueber den Besitz, insofern derselbe durch positive Gesetze rechtlich ausgebildet und bestimmt ist.

§. 7.

I.) Fälle da der, welcher im ursprünglichen Verstande besitzt, nach den positiven Gesetzen als Nichtbesitzer zu betrachten ist (1). Ein aus Gründen abgeleitetes System dieser Fälle läßt sich nicht aufstellen, da das positive Recht bey seinen Ausnahmen durch kein allgemeines Princip geleitet ist, und es

(1) Man wird in dem folgenden leicht wahrnehmen, daß ich unter dieser Rubrik manches vortrage, was eigentlich unter die zweyte Rubrik gehört. Wer verständlich werden, und genau vereinigte Materien nicht widernatürlich zerstückeln will, wird hier durch die Noth gedrungen, das logische decorum zu verletzen.

können hier nur, ohne logischen Zusammenhang, folgende einzelne Sätze aufgestellt werden.

§. 8.

1) Nach dem ursprünglichen Begriff ist Besitzer ein jeder, welcher aus irgend einem rechtlichen Grunde die Sache detinirt. Das Römische Recht hat diesen Begriff sehr verengt. Da es nämlich, der Vervielfältigung der Klagen überhaupt abgeneigt (1), nicht einem jeden, welcher im ursprünglichen Verstande besitzt, die auf Schützung und Wiedererlangung des Besitzes abzweckenden Rechtsmittel einräumt, und ein juristisch unwirksames Factum so gut, wie gar nicht vorhanden ist; so wird im Römischen Recht unter dem Ausdruck possessor vorzugsweise stets der verstanden, welchem vermöge der Natur seines Besitzes das Recht zusteht, in eignem Namen sich in der Regel aller auf die Schützung und Wiedererlang des Besitzes abzweckenden gerichtlichen Zwangsmittel zu bedienen. Die Römer beschrieben diesen Besitz durch die Ausdrücke: detentio cum affectu possidendi, oder affectione tenendi conjuncta (2), weil der, welcher alle Besitzrechte

(1) Wie unter andern auch die geringe Zahl der dinglichen Klagen beweist.

(2) L. 13. §. 1. de publ. in rem. act. L. 3. §. 1. 3. L. 18. §. 3. L. 32. §. 2. L. 41. L. 46. h. t.

hat, die Absicht vollkommen zu besitzen, hägen wird, und allein hägen kann.

§. 9.

Wer Besitzer in diesem juristisch gebildeten Wortverstande sey, läßt sich weder durch eine Regel angeben, noch aus Grundsätzen folgern. Die Sätze des positiven Rechts, daß der Pfandinhaber juristischer possessor sey, nicht aber der Pachter, hätten durch positive Vorschriften geradezu umgekehrt werden können. Es kommt also bloß auf eine historische Untersuchung der Frage an: welche Besitzer sind im Sinn der Römer eigentliche possessores? Nach den Gesetzen gehören dahin der Eigenthümer, der wahre sowohl, als der anmaßliche, der letzte befinde sich in gutem Glauben, oder nicht (1); von denen, welchen ein sogenanntes dominium utile zusteht, der Emphyteuta (2); der Pfandgläubiger, welcher detinirt (3); der Sequester, welchem

(1) L. 1. §. 8. 9. 10. 22. 23. L. 12. L. 18. de vi.

(2) L. 15. §. 1. qui satisd. cog. Vergl. mit L. 3. §. 7. uti possid.

(3) L. 35. §. 1. de pignor, act. L. 13. quae in fraud. cred. L. 33. §. 4. de usucap. L. 22. §. 1. de noxat. act. L. 13. §. 1. de publ. in rem act. L. 1. §. 15. L. 40. pr. h. t. Cuiac. Obs. L. 18. c. 24. Meier colleg. argent. h. t. §. 9. 10. Dissent. Donell comm. L. 5. c. 6. Vergl. auch noch §. 10. nr. n. In Ansehung des richterlichen Pfandrechts stellt

die Besitzrechte mit übertragen sind (1); und endlich der, welchem der Eigenthümer bittweise nicht bloß den Gebrauch (precarium simplex), sondern auch die ihm an der Sache zustehenden Besitzrechte (possessionem precariam) eingeräumt hat. Gegen den Concedenten wird er aber, sofern von der Erhaltung des Besitzes die Rede ist, als Nichtbesitzer betrachtet (2). Alle die, welche

man gewöhnlich die Regel auf: das pignus judiciale ertheile allein eine possessio, das praetorium s. str. hingegen bloß eine nuda custodia. Allein das letzte ist nur in der Regel so. L. 3. §. ult. h. t. Bey der immissio ob absentiam fraudulentam erhielt der Immittirte eine wahre possessio L. 7. pr. quib. ex causs. in poss. und dieß war gewiß bey Auspfändungen ob contumaciam außer dem Proceß auch der Fall.

(1) Es enthält dieser Satz wenigstens die natürlichste Art, wie man L. 39. h. t. mit L. 17. §. 1. depos. vereinigen kann; doch gibt es manche Andersdenkende. Vergl. F. P. Wasmuth Diss. de sequestro non possidente, nisi apud eum possessio deposita sit. Hanov. 1748. Cocceii J. C. Tit. depos. qu. 19. et Emminghaus ibid.

(2) §. 6. J. de interd. L. 2. §. 3. L. 4. §. 1. L. 6. §. 2. 4. L. 12. pr. L. 15. §. 4. de precar. L. 13. §. 1. de publ. in rem act. Müller ad Leyser Obs. 844. F. Ramos del Manzano ad Tit. de acquir. vel am. poss. P. 1. pract. §. 5. J. F. de Retes prael. ad h. t. P. III. cap. 2. §. 27. (beyde in Meermann Thes. T. 7.). Vergl. auch noch Westphal §. 108. Cuper P. II. c. 7. Fleck p. 104 — 108.

sonst vermöge eines andern dinglichen oder persönlichen Rechts eine Sache detiniren, wie der Nutznießer, Pachter, Commodatar und Depositar werden in diesem Verstande nicht als possessores angesehen (1). Wenn also die Juristen sagen, Besitzer sey jeder, welcher cum animo sibi habendi, oder possidendi detinire: so muß man sich wohl hüten, unter diesem animo die Absicht, eine Sache eigenthümlich zu besitzen, zu verstehen. Der Pfandgläubiger detinirt nicht animo domini; und dennoch hat er einen animum tenendi, weil und insofern er in der Absicht, juristischer Besitzer seyn zu wollen, detinirt. Von denen, welche nicht animo sibi habendi besitzen, sagt man dann, daß sie eine nuda detentio haben, oder nomine alieno besitzen (2).

§. 10.

2) Es gibt jedoch ausnahmsweise wieder mehrere Fälle, in denen der, welcher nach jenem allgemeinen Begriff Besitzer ist, entweder überhaupt, oder in gewissen Rücksichten, nicht als Besitzer angesehen wird. Folgende Fälle sind hier besonders merkwürdig: A) Eine dem Commerz

(1) L. 9. de R. V. L. 5. §. 1. ad exhib. L. 10. §. ult. de A. R. D. L. 12. pr. h. t. Cuper P. 1. cap. 1. Der Usufructuar erhält freylich unter einem andern Titel eben die Rechte, als ob er besäße. S. davon unten §. 16.

(2) Galvan de usufr. Diss. 33. §. 3. Cuper pag. 21.

gänzlich entzogene Sache kann überhaupt nicht besessen werden ([1]). B) Wer einen freyen Menschen mit dem Bewußtseyn, daß ihm die Freyheit zustehe, besitzt, wird als Nichtbesitzer angesehen. Nur dann findet der Besitz eines freyen Menschen statt, wenn man ihn in dem, es sey gutem oder bösem, Glauben detinirt, daß er Sklav sey ([2]). C) Insofern, als ein freyer Mensch besessen wird, insofern ist er selbst eines Besitzes unfähig ([3]). D) Wer der herrschaftlichen oder väterlichen Gewalt unterworfen ist, in dessen Person haftet kein Besitz ([4]); doch sind die Söhne nach dem neueren Recht in den Fällen ausgenommen, da sie ein Eigenthum für sich haben können ([5]). Wer daher der Gewalt eines andern, z. B. durch Arrogation oder Sklaverey unterworfen wird, wird dadurch seines bisherigen Besitzes verlustig ([6]), so wie auf der andern Seite die bloße Detention eines bisher unter der Gewalt gewesenen Menschen

(1) L. 1. §. 2. L. 30. §. 1. h. t.

(2) L. 1. §. 6. L. 23. §. 2. L. 30. §. 1. h. t. L. 11. L. 23. pr. ex quib. cauff. maj. L. 34. in f. de ftip. ferv. Cuper pag. 68. nr. 3. 4.

(3) S. die eben cit. Gef. und L. 54. §. ult. de A. R. D. L. 118. de R. I.

(4) L. 24. L. 49. §. 1. h. t. L. 38. §. 7. de V. O. L. 2. §. 2. pro hered. L. 93. de R. I.

(5) L. 4. §. 1. de ufurp.

(6) L. 23. §. 1. L. 30. §. 3. h. t. L. 16. de praeſr

sich für ihn in eine eigentliche possessio in dem Augenblick verwandelt, da die Gewalt, welcher er unterworfen war, es sey mit oder ohne sein Wissen, aufhört, wenn ihm nicht ausdrücklich sein Recht genommen wird (1). E) Wenn Jemand als juristischer possessor betrachtet wird, welcher sich nicht im natürlichen physischen Besitz der Sache befindet: so würde nach der Natur der Sache ein andrer durch Tradition zum Besitzer gemacht werden können. Allein die Regel ist allgemein, daß die Tradition den Empfänger nur dann zum possessor macht, wenn der Besitz juristisch als erledigt (possessio vacua) betrachtet werden kann (2). F) Wenn Jemand mehrere einzelne Sachen im natürlichen Verstande besitzen will, so muß er jedes einzelne Stück detiniren (3). Sind indeß mehrere Sachen durch Zusammenfügung mit einander vereinigt, so werden die accessorischen Sachen juristisch nicht als besonders besessen be-

(1) L. 44. §. 4. 7. de usurp. Cuper pag. 69. nr. 6—10. Zum Theil abweichende Begriffe über diese Sätze haben F. Ramos del Manzano l. c. P. I. praet. cap. 2. de Retes l. c. P. 1. c. 5. S. 3. Bachov ad Treutler Vol. II. D. 22. Th. 2. Lit. B.

(2) L. 13. C. de destr. pign. L. 12. C. de probat. Die dagegen angeführte L. 16. de fundo dotal. muß von einer cessio der rei vindicatio verstanden werden. Vergl. Höpfner §. 337.

(3) L. 30. §. . de usurpat.

trachtet, sondern nur insofern und auf die Art, als die Principalsache besessen ist. Wird daher mit einer unbeweglichen Sache eine bewegliche verbunden, so wird die letzte nicht als bewegliche Sache, sondern als unbewegliche verjährt ([1]); auch kann man sich wegen derselben der, dem Besitzer einer unbeweglichen Sache eingeräumten possessorischen Rechtsmittel bedienen ([2]). Wenn indeß die Verjährung einer Sache, welche man bisher als eine bewegliche besaß, schon in dem Augenblick, da sie mit der unbeweglichen vereinigt ward, zu laufen angefangen hatte: so wird sie auch nach der Vereinigung als eine bewegliche Sache verjährt ([3]). G) Wenn eine Sache eine, das Eigenthum aufhebende Specification erleidet: so hört eben dadurch der bisherige Besitz auf, sogar dann, wenn der Besitzende die Specification selbst vorgenommen hat ([4]). H) Wenn durch ein richterliches Erkenntniß Jemand die possessio

(1) L. 23. de usurp. L. 7. §. 1. ad exhib. L. 30. h. t.

(2) L. 1. §. 6. 7. de vi et vi arm. vergl. mit L. 1. §. 4. 6. 37. L. 3. §. 15. eod.

(3) L. 30. §. 1. de usurp. So kann man dieß, von Cuper pag. 29. not. 22. Fleck p. 29—31. den vorhin angeführten Gesetzen als widerstreitend angesehene Fragment mit Westphal §. 45. 46. 548. am natürlichsten erklären.

(4) L. 30. §. 4. h. t. Fleck p. 71—74. Andrer Meynung ist Westphal §. 176.

aberkannt, und dieselbe einem andern zugesprochen ist: so verliert jener durch das Urtheil seine Besitzrechte, und hört insoferne auf Besitzer zu seyn ([1]). I) Ist der Besitz des Erblassers mit einem Fehler behaftet, wodurch derselbe bürgerlich unwirksam wird: so stehen dem Erben, sofern er als Erbe die Besitzergreifung vorgenommen hat, gleichfalls nicht mehr Besitzrechte zu, als der Erblasser hatte ([2]). K) Wenn Jemand die unbewegliche Sache eines andern detinirt, und zu den Personen gehört, welche nach dem obigen nicht als possessores angesehen werden: so kann er zwar durch ein äußeres Factum der Eigenmacht sich den Besitz verschaffen, nicht aber durch den bloßen Gedanken, daß er besitzen wolle. Dieß ist der Sinn der Regel: nemo caussam possessionis sibi mutare potest ([3]). In Ansehung der beweglichen Sachen ist zwar so viel gewiß, daß der Besitz derselben durch ein äußeres Factum erworben werden kann; über die Frage hingegen, ob der bloße Entschluß dieselbe Wirkung habe? widerstreiten sich die Gesetze gradezu ([4]). L) In den Fällen,

(1) L. 80. de R. V.

(2) L. 11. C. h. t.

(3) L. 1. §. 2. pro donato. L. 2. §. 1. 2. pro hered. L. 18. pr. L. 47. h. t. L. 5. C. h. t. L. 12. L. 18. pr. de vi.

(4) L. 3. §. 18. vergl. mit L. 47. h. t. S. auch noch Fleck p. 87. 88. 117. 118. Glücks Comm. 2. B. §. 181. act. 66. 67.

da Schenkungen zwischen Ehegatten unerlaubt sind, wird der Beschenkte im Ganzen nicht als Besitzer der ihm geschenkten Sache angesehen, obgleich er sich einen animus tenendi anmaßt (¹); doch werden demselben die remedia recuperandae possessionis gestattet (²). M) Der Pfandinhaber, welcher nach §. 9. im Ganzen possessor ist, wird in Rücksicht der Usucapion als Nichtbesitzer betrachtet (³). N) Jeder, welcher eine Sache in rechtlicher Absicht zu ergreifen fähig ist, kann im natürlichen Sinn einen Besitz erwerben, also auch ein Kind im juristischen Wortverstande, sobald es fähig ist, sich ein Recht absichtlich anzumaßen, welches unleugbar in vielen Fällen als möglich gedacht werden kann. Nach Römischem Recht ist dieß nicht so. Wer die Jahre der Kindheit überschritten ist, kann zwar allein einen Besitz erwerben; ein Kind hingegen in der Regel nicht (⁴), den einzigen Fall ausgenommen, wenn demselben ex caussa donationis der Besitz einer, beweglichen oder unbeweglichen, Sache übergeben wird (⁵).

(1) L. 26. pr. L. 46. de donat. int. V. et U.

(2) L. 1. §. 9. de vi et vi arm. Cuper P. II. c. 8.

(3) L. 1. §. 15. L. 36. h. t. L. 16. L. 33. §. 4. de usurp.

(4) L. 1. §. 3. L. 32. §. 2. h. t.

(5) L. 3. C. h. t. Galvan de usufr. Diss. 33. §. 14. Perez ad Cod. h. t. n. 9.

Wenn einige diese im Recht des Codex gegründete Ausnahme bloß auf geschenkte Mobilien, oder gar bloß auf geschenkte jocalia beschränken ([1]), so ist dieß eben so widerrechtlich, als wenn andre ([2]) diese singulaire Vorschrift auf jede Besitzergreifung erstrecken ([3]).

§. 11.

3) Aus diesen Prämissen läßt sich nun die so lange mißverstandene Eintheilung in possessio naturalis und civilis sehr leicht erklären und verständlich machen ([4]), wenn man nur fol-

(1) Vergl. Fachinei contr. L. 8. c. 19.

(2) Z. B. Cuper P. II. c. 24.

(3) Der, auch noch wieder von Fleck p. 35. wiederholte Grund des Cuper, daß in den Basiliken das: donatarum rerum fehle, ist wohl unter schwachen Gründen einer der schwächsten. Wie viel haben nicht die Verfasser der Basiliken verändert und verdorben? Es ist sonderbar, daß die eleganten Juristen Justinian immer zum Sünder machen, wenn seine Compilation dem codex Theod. und den Basiliken widerstreitet! — Der andre Einwand, daß der in L. 3. c. cit. angegebene Grund auf alle andere Fälle passe, ist eben so unerheblich, da er ein bloßes argumentum refellens ad hominem ist. Meine Theor. v. log. Ausl. des R. R. §. 9. S. 41. fgg.

(4) Ich folge hier im Wesentlichen Cuper P. I. cap. 3. Das Verdammungsurtheil, welches der gute Höpfner Comm. 6. Ausg. §. 281. n. 11. über Cu-

gende zwey Hauptbedeutungen jener Worte genau unterscheidet. Es wird nämlich 1) im allgemeinen Sinn unter possessio naturalis das bloße Factum der körperlichen Detention, sofern man es unvereinigt mit dem animo possidendi denkt, verstanden. Es bedeutet also possessio naturalis in diesem Sinn a) jede Detention, womit gar kein juristischer animus tenendi (§. 8. 9.) verbunden ist. Insofern werden denn alle die, welche die Sache eines andern besitzen, aber nach dem obigen nicht eigentliche possessores (§. 9.) sind, mit dem Namen possessores naturales bezeichnet, wie der Usufructuar, Depositar, Pachter und Commodatar ([1]). b) Das Factum der Detention, mit welchem zwar ein animus tenendi verknüpft ist, welches aber abgesondert von diesem animo tenendi allein und für sich gedacht wird ([2]). Possessio civilis im Gegensatz von possessio naturalis in diesem Sinn ist denn eben das, was die Römer gewöhnlich possessio schlechthin nennen, der eigentliche juristische Besitz ([3]).

per gefällt hat, wird wohl Niemand schrecken. — Die Hauptschriften, woraus man die Ideen andrer kennen lernt s. in Glücks Comm. 2. B. §. 180.

(1) L. 7. §. 11. comm. divid. L. 12. pr. L. 49. pr. h. t. L. 38. §. 10. de usuris.

(2) L. 1. §. 1. L. 3. §. 3. 13. L. 23. pr. h. t. L. 11. de acquir. rer dom. L. ult. §. 1. de precar.

(3) L. 3. §. 3. 13. L. 23. pr. h. t. L. 3. §. ult. L. 4. L. 7. §. 1. ad exhib. In dem letzten Gesetz wird

2) In engerer Bedeutung wird unter possessor naturalis derjenige verstanden, welcher sich zwar einen animum tenendi anmaßt, dessen Besitz die Gesetze aber nicht anerkennen. In diesem Sinn wird z. B. dem vom Vater beschenkten Sohn, dem Sklaven, und der Ehefrau in Rücksicht der ihr vom Ehemann geschenkten Sache eine possessio naturalis zugeschrieben ([1]). Im Gegensatz davon bezeichnet denn der Ausdruck possessio civilis den eigentlichen juristischen Besitz, insofern derselbe von den Gesetzen gebilligt, oder als existirend angenommen wird. Es liegt also bey der Eintheilung des Besitzes in possessio naturalis und civilis in diesem engeren Sinn nicht der Begriff des ursprünglichen Besitzes (§. 2.), sondern der possessio im engeren Wortverstande der Römer (§. 8.) zum Grunde. Possessor naturalis und civilis in diesem Sinn sind also zusammengenommen

der Pfandgläubiger nicht für einen possessor naturalis erklärt, sed — wie Cuper p. 34. 35. richtig bemerkt — missa iam distinctione inter possessionem civilem et naturalem, de creditore addit, propterea, quod debitoris possessio ficta comparata tantum erat ad usucapionem. Id itaque vult sibi Ulpianus: civiliter quidem possidet debitor, verum ad usucapionem tantum; creditor vero possidet ad alias omnes caussas, et propterea hic, non vero debitor, ad exhibendum tenetur.

(1) L. 24. h. t. L. 38. §. 7. de V. O. L. 2. §. 2. pro hered. L. 35. famil. hercisc. L. 1. §. 9. 10. L. 12. L. 18. pr. de vi. L. 7. §. 1. ad exhib.

eben das, was possessor civilis in der ersten Bedeutung ist. Die hingegen, welche nach dem ersten allgemeinen Sinn bloß eine possessio naturalis haben, sind in dieser zweyten engern Bedeutung unter dem Ausdruck: possessor naturalis nicht enthalten, weil hier bloß die eigentliche possessio in ihre Arten eingetheilt wird, unter dieser Eintheilung aber nur die stehen, welche eine eigentliche possessio nach allgemeinen Grundsätzen haben. Hieraus erklärt sich denn die, nach den gemeinen Begriffen ganz sinnlose, Aeußerung Ulpians in L. 1. §. 9. 10. de vi et vi armata, daß sowohl der possessor naturalis, als civilis sich des interdicti unde vi bedienen könne, also auch die vom Mann beschenkte Frau, nicht aber der Pachter. Die Auflösung ist hier sehr leicht: der Jurist nimmt das Wort possessio naturalis im engeren Sinn, und dann kann der Pachter nicht dahin gerechnet werden, weil ihm, da er nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen keine possessio hat, auch keine vom Gesetz mißbilligte possessio beygelegt werden kann (1).

(1) Die Art, wie Cupers Vorgänger um dieß Fragment wegzukommen suchen, ist sehr unbefriedigend. Vergl. z. B. Galvan de usufr. Diss. 33. n. 3. Westphal §. 254. 55. — Der letzte sagt: der colonus könne sich zwar des interdicti unde vi nicht auf eignen Namen, wohl aber auf den Namen des Vermiethers bedienen. Wenn dieß, wie wohl gewiß die Absicht des Verfassers ist, mehr sagen soll, als: er kann das Interdict gebrauchen, insofern der Verpäch-

§. 12.

Daß die Römer den Ausdruck possessor civilis und naturalis gewöhnlich und vorzugsweise im ersten, oder im zweyten Sinn verstanden haben, läßt sich auf keine Weise darthun. Wenn sie daher schlechthin sagen: dem possessor naturalis stehen diese, oder diese Rechte nicht zu, oder sie sind ihm einzuräumen: so muß man diesen allgemeinen Ausdruck im Zweifel stets auf den possessor naturalis sowohl in der ersten, als in der zweyten Bedeutung beziehen. Die Vorschrift, daß das interdictum unde vi auch dem possessor naturalis zustehe, würde daher an sich auch auf den Pachter zu erstrecken seyn. Der erwähnte Zusatz des Juristen enthält hier allein den Grund, daß man den Ausdruck possessio naturalis in einem engern Sinn verstehen kann.

§. 13.

In Rücksicht des Ausdrucks possessio schlechthin findet ungefähr dieselbe Regel statt. Im

ter ihm ein Mandat gegeben hat: so glaube ich fragen zu dürfen, woraus dieser Satz sich erweisen lasse? Westphal, welcher sich hier nach seinen Begriffen über possessio naturalis und civilis, sehr in der Enge befand, wählte wohl nur diesen Nothbehelf, um sich dadurch aus der Verlegenheit zu ziehen. Es befremdet daher, wie Glück Comm. 2. B. §. 282. nachdem Er Cupers allgemeine Begriffe angenommen hatte, in Rücksicht dieses Punkts schlechthin Westphal folgen konnte.

Allgemeinen wird jeder darunter verstanden, welcher einen animum tenendi hat. Es gibt aber, wie vorhin gezeigt ist, gewisse Fälle, in denen ausnahmsweise dem mit einem animo tenendi Besitzenden die possessio abgesprochen wird. Wenn nun die Gesetze schlechthin sagen: allein dem possessor steht dieses Recht zu: so kann man dasselbe dem, dessen possessio ausnahmsweise nicht anerkannt wird, keineswegs einräumen. Wenn daher z. B. in den Gesetzen verordnet ist, daß bloß der possessor sich des interdicti uti possidetis bedienen könne ([1]); so kann man dasselbe weder dem possessor naturalis in der ersten, noch dem possessor naturalis in der zweyten Bedeutung, also weder dem Pachter, noch der beschenkten Ehefrau gestatten, und zwar dem ersten nicht, weil er nach allgemeinen Grundsätzen keinen animum tenendi hat, der letzteren nicht, weil nach besondern Ausnahmen ihr animus tenendi nicht als vorhanden angesehen wird. Die beschenkte Ehefrau kann sich daher, weil ihr im Ganzen die possessio abgesprochen wird ([2]), des interdicti uti possidetis nicht bedienen ([3]).

§. 14.

4) Wenn die Gesetze den Rechts grund, vermöge dessen Jemand besitzt, billigen, so heißt der

(1) L. 3. §. 18. uti possid.

(2) L. 26. pr. L. 46. de don. int. V. et U.

(3) Cuper P. II. c. 8.

Besitz possessio justa; mißbilligen sie denselben, possessio injusta. Diese Bedeutung liegt überall zum Grunde, wo die Römer sich jener Ausdrücke bedienen ([1]). Ein solcher in Rücksicht des Grundes gesetzlich mißbilligter Besitz kann dabey immerhin rechtliche Wirkungen haben, und bleibt dennoch eine possessio injusta. Ein heimlich oder mit Gewalt erlangter Besitz zum Beyspiel ist unleugbar eine possessio injusta; und dennoch werden dem, welcher diese possessio injusta ausübt, possessorische Rechtsmittel gestattet ([2]). Uebrigens kann ein Besitz auch beydes zugleich, gerecht und ungerecht seyn. Dieß ist in Ansehung des precarischen Besitzes der Fall. Denn in Rücksicht auf einen Dritten beruht derselbe auf einem gesetzlich gebilligten Grunde; in Rücksicht des Eigenthümers hingegen nicht, weil die bloße Willensänderung desselben die ertheilte Concession vernichtet; daher denn auch an einigen Orten die possessio precaria eine justa genannt wird ([3]), an andern hingegen injusta ([4]).

(1) L. 13. §. 1. de publ. in rem. act. L. 22. §. 1. de noxat. act. L. 31. §. 2. de hered. petit. L. 7. §. 4. comm. div. L. 5. L. 24. L. 33. h. t. L. 4. §. 12. de usurp.

(2) L. 2. uti poss.

(3) L. 13. §. 1. de publ. in rem. act. L. 7. §. 4. comm. divid.

(4) L. 1. §. ult. L. 2. uti poss. Zum Theil abweichende Begriffe hat Cuper P. II. c. 5 – 7. In allen

§. 15.

5) Mit dem gerechten und ungerechten Besitzer ist der sogenannte bonae und malae fidei possessor nicht zu verwechseln. Unter dem letzten versteht man einen jeden, welcher weiß, daß das von ihm ausgeübte Recht einem andern zustehe, unter dem ersten hingegen jeden, welcher ein Recht in dem Glauben, daß kein anderer darauf besseren Anspruch habe, ausübt (1). Es kann daher Jemand eine possessio justa haben, und dennoch ein malae fidei possessor seyn. In der Regel wird der böse Glaube durch eine wirkliche Wissenschaft begründet, in manchen Fällen aber treten die Wirkungen desselben auch ohne eigentliche Wissenschaft vermöge gesetzlicher Präsumtionen ein. Nämlich a) wenn Jemand durch einen nicht entschuldbaren Irrthum zu dem Glauben seines Rechts verleitet ist, so wird er als malae fidei possessor behandelt, jedoch nur in sofern, als er die Absicht hat, durch seinen Besitz Vortheile zu erwerben (2), nicht aber in sofern, als von den dem malae fidei possessor gedrohten Strafen die Rede ist (3). b) Auch durch die litis

den von ihm unterschiedenen Bedeutungen ist aber stets dieselbe Grundidee.

(1) L. 109. de V. S. L. 25. §. 3. 6. L. 13. §. 8. de her. pet. L. 2. C. de fruct. et lit. expens.

(2) L. 31. pr. de usurp.

(3) L. 25. §. 6. de hered. pet. Voet eod. Tit. n. 7. Coccei ibid. qu. 11.

contestatio wird der Besitzer in bösen Glauben versetzt, jedoch nicht unbedingt, wie einige glauben ([1]), noch unter der von andern gemachten Einschränkung: wenn die die litis contestatio begleitenden besondern Umstände ihn wirklich in malam fidem bringen ([2]). Die Natur der Sache, mit welcher die Gesetze genau übereinstimmen, führt hier zu folgenden Resultaten. Es kann von keinem Besitzer in gutem Glauben verlangt werden, bloß deswegen, weil ein andrer gegen ihn klagt, diesem sein Recht sofort abzutreten ([3]). Die litis contestatio an sich versetzt also Niemand in malam fidem; doch muß der Beklagte durch die Ansprüche des Klägers wegen seines Rechts zweifelhaft gemacht werden. Eben darum darf er denn nicht mehr unumschränkt über die Sache disponiren, und muß sie auf den möglichen Fall als res aliena behandeln. Er haftet daher nach der litis contestatio, wie der Besitzer in bösem Glauben ante litem contestatam, wegen jeder culpa, und muß von da an dem siegenden Kläger alle fructus perceptos und percipiendos herausgeben ([4]); auch muß er aus denselben Grün-

(1) z. B. Hofacker T. II. §. 1020. T. III. §. 4385.

(2) Dieser Meynung sind Hellfeld §. 567. Leyser Sp 99. m. 6. Müller ad Leyser Obs. 236.

(3) L. 40. pr. de hered petit.

(4) L. 45. de R. V. L. 19. § 11. L. 25. §. 7. L. 31. §. 3. de hered. pet. L. 1. C. eod. L. 2. C. de fruct. et lit. expens.

den vom Augenblick der litis contestatio Zinsen erlegen [1]. In Rücksicht der Verpflichtung zum Fleiß wird er also dem malae fidei possessor gleichgestellt. Der letzte ist aber noch weiter verpflichtet: er sollte eigentlich unaufgefordert die Sache freywillig herausgeben. Dieser Grundsatz kann nun offenbar auf den bonae fidei possessor nach der litis contestatio nur dann angewandt werden, wenn besondere Umstände ihn seines Unrechts überführt haben. Er ist daher in der Regel nach der litis contestatio wegen des casus nicht verantwortlich [2], und aus gleichen Gründen behauptet denn auch Leyser [3] mit Recht, daß aus der bloßen litis contestatio keine Verpflichtung zur Erstattung der Proceßkosten entspringe [4]. Uebrigens vertritt bey uns schon die Citation die Stelle der litis contestatio [5].

(1) L. 35. de usur. L. 1. §. 1. C. de hered.

(2) L. 40. de hered. petit.

(3) Sp. 83. m. 5. Er dehnt dieß aber Sp. 99. m. 6. ganz wider die klärsten Gesetze auf die Früchte aus.

(4) Winkler de discrim. int. tit. cont. vet. et hod. Sect. 2. §. 8. Emminghaus ad Cocceii jus contr. Tit. de R. V. qu. 11. not. o. Gönner Handb. des Processes 2. B. n. 31. Wer noch mehr Literatur über diese Streitfrage haben will, vergl. Wehrn doctr. jur. explicat. princ. et causs. damni. hab. doli mali morae etc. rat. praestand. §. 45.

(5) Stryk U. M. Tit. de R. V. §. 14. Winkler l. c. Sect. 3. §. 8.

§. 16.

II.) Fälle da der, welcher im ursprünglichen Wortverstande oder nach allgemeinen rechtlichen Fictionen nicht besitzt, dennoch als Besitzer angesehen wird, und zwar 1) In Rücksicht der Natur des Besitzes überhaupt, und der Erwerbung desselben (1). Unter diese Rubrik gehören folgende Fälle und Erörterungen. A) Von den Besitzern im ursprünglichen Verstande, welche nach §. 9. nicht als possessores im emgern Sinn zu betrachten sind, haben die Römer dennoch mehreren, zwar nicht in Rücksicht auf die Detention der körperlichen Sache, aber doch in Rücksicht auf die Statt gehabte Ausübung ihres Rechts, die den wahren Besitzern zustehenden possessorischen Rechtsmittel eingeräumt, eben so, als ob sie besäßen, (quasi possiderent), woraus denn die Neueren eine eigne Art des Besitzes unter dem Namen quasi-possessio geschaffen haben (2). Zur Erlangung eines solchen Besitzes wird unstreitig erfordert, a) wenn das Recht bloß bezweckt, einen Andern vom Handeln abzuhalten, und der Besitz durch Eigenmacht erworben wer-

(1) Wenn Jemand als Besitzer betrachtet wird, welcher eigentlich Nichtbesitzer ist: so nennt man den Besitz possessio ficta oder interpretativa.

(2) L. 10. pr. L. 12. §. 3. L. 41. pr. de lib. causs. L. 23. §. 2. ex quib. causs. mai. L. 20. pr. de S. P. U. L. 10. C. h. t. Cuper P. 1. c. 4.

den soll, daß der Handlung des Letzten widersprochen wird, und dieser dem Widerspruch durch Unterlassen nachgibt; wenn hingegen b) das Recht ein sogenanntes affirmatives ist, so muß der, welcher als Besitzer betrachtet werden will, dasselbe äußerlich als ein ihm selbst zustehendes Recht ausüben ([1]), und zwar muß das Recht entweder auf ihn durch einen gerechten Titel übertragen seyn, oder er muß dasselbe mit Zulassen dessen, welchem dadurch Eintrag geschieht, ausüben ([2]). Geschieht die Uebertragung eines solchen Quasi-Besitzes mit ausdrücklicher Einwilligung dessen, welcher durch den Besitz in seinem Recht beschränkt wird, so nennt man dieß jetzt (barbarisch) eine quasi-traditio. Wie diese bey affirmativen Rechten einzurichten sey? ist unbestritten. Der Concedent muß nämlich nach vorgängigem Vertrage den Erwerbenden das Recht Einmal ausüben lassen. In Rücksicht der negativen Rechte dagegen ist man uneinig. Die gemeine Meynung ist, daß eine quasi-traditio solcher Rechte undenkbar sey, ihre Erwerbung also bloß durch den Vertrag geschehe. Allein da ein Besitz solcher Rechte (nämlich Beruhigung auf den erfolgten Widerspruch) allerdings denkbar ist, mithin auch eine Erwerbung des Besitzes; und

(1) L. 20. de servit. L. 10. pr. si serv. vind. L. 1. §. 6. L. ult. de itin. act. priv.

(2) L. 1. §. 2. de S. P. R. L. 6. §. 1. si serv. vind. L. 11. §. 1. de publ. in rem act.

da die Gesetze in Betreff der quasi-traditio negativer Rechte keine Ausnahme machen (¹): so kann man nichts anders behaupten, als daß die quasi-traditio negativer Rechte darin besteht, und bestehen muß, daß der, gegen den sie geltend gemacht werden sollen, ein factum contrarium (freylich nur zum Schein) vernehmen, und von demselben auf erfolgten Widerspruch abstehen muß (²). Da übrigens in allen vorhin angeführten Gesetzen nur denen Besitzrechte beygelegt werden, welche sich in der Ausübung eines dinglichen Rechts befinden, und dieses singulare nicht ausgedehnt werden kann; so ist es am richtigsten, wenn man denen, welche bloß persönliche Rechte gegen eine Person oder Sache ausgeübt haben, die Vorzüge eines eigentlichen possessoris, also eine sogenannte quasi-possessio, abspricht (³). Es leidet dieß indeß nach kanonischem Recht dahin eine Einschränkung, daß allen denen, welche sich in der Ausübung eines persönlichen Rechts befun-

(1) L. 11. §. 1. de publ. in rem. act. L. 1. §. ult. de S. P. R. L. 3. pr. de O. et A. L. 20. C. de pact.

(2) P. J. Heisler über den Satz, daß verneinende Servituten durch bloße Verträge erlangt werden. In dessen jur. Abh. und Erört. 1. S. n. 3.

(3) Spangenberg v. Besitz §. 104.

den haben, als Quasi-Besitzern das remedium spolii zu gestatten ist (1).

§. 17.

B) Eine sehr wichtige Erweiterung hat der Besitz dadurch erhalten, daß in manchen Fällen mehrere zu einer und derselben Zeit als Besitzer einer ungetheilten Sache betrachtet werden. Dieß geschieht auf zweifache Art. Nämlich entweder werden a) den Besitzern pro indiviso nach ihrem Antheil gleiche Rechte zugeschrieben, wie z. B. wenn zwey Miteigenthümer oder zwey Mitpächter eine Sache detiniren. In diesem Fall nennt man ihren Besitz Mitbesitz, und zwar compossessio wenn jeder nach dem obigen wahrer possessor ist; hingegen condetentio wenn die Besitzenden keine juristische possessio haben (2). Die Wirkungen derselben bestehen darin, daß jeder Mitbesitzer gegen den Andern einen concurrirenden, gegen den Dritten aber einen ausschließenden Besitz fordern kann (3). Es können aber

(1) L. 7. 10. 12. X. de rest. spoliat. F. G. Fleck comment. binae de interdictis unde vi et remedio spolii. Lips. 1797. pag. 97—99.

(2) Stryk D. de compossessione. 1674. cap. I. (oper. T. II. n. 17.) A. F. Rivinus Diss. de eurematicis in materia possessionis et compossessionis. Viteb. 1743. cap. 2.

(3) Stryk l. c. cap. 4. die Ausdrücke compossessio und condetentio kommen übrigens im Röm. Recht

auch b) mehrere zugleich in verschiedenen Rücksichten besitzen. So wird z. B. der Verpfänder in Rücksicht der Verjährung als Besitzer angesehen, im übrigen aber der Pfandinhaber ([1]). Andre ähnliche Fälle werden sich von selbst aus den folgenden Erörterungen ergeben ([2]).

§. 18.

C) Noch wichtiger und folgereicher ist der Satz, daß man auch durch Andre einen Besitz erwerben kann, wenn diese nur selbst der Erwerbung desselben fähig sind ([3]). Ein solcher durch Andre angefangener und fortgesetzter Besitz wird possessio mediata genannt, und im Gegensatz hievon der, wobey eigne körperliche Detention des Besitzers statt findet, possessio immediata ([4]). Nicht in allen Fällen aber, da Jemand für einen Andern den Besitz ergreift, findet eine

nicht vor, aber wohl die Sache selbst. L. ult. in f. C. de reb. auct. iud. L. 15. pr. de Carb. edict.

(1) L. 13. quae in fraud. cred. L. 1. §. 15. h. t. L. 16. de usurp. et usuc.

(2) Vergl. darüber Galvan l. c. Diss. 34. n. 15. Cuiac. Obs. L. 9. c. 32.

(3) L. 1. §. 2. 9. 10. h. t. Cuper pag. 993. hält dieß für nichts singulaires. Es kommt hiebey alles darauf an, in welchem Sinn man den Satz nimmt.

(4) Vergl. über diese Eintheilung besonders A. Faber error. pragm. T. III. D. 75. Er. 9.

solche Uebertragung desselben statt. Man bemerke hierüber folgendes: a) Durch freye, nicht vom Staat zu Stellvertretern ernannte Mittelspersonen erwirbt man nur dann den Besitz, wenn man sie dazu beauftragt hat, oder ihre Besitzergreifung genehmigt, in welchem Fall aber die Wissenschaft des Principals im Augenblick der Besitzergreifung nicht erforderlich ist ([1]). Ergreifen sie indeß, ungeachtet des Auftrags, den Besitz für sich selbst, oder einen andern: so erwirbt der Gewaltgeber denselben nicht, den einzigen Fall ausgenommen, wenn der Besitz unter der Bedingung, daß er dem Gewaltgeber zufallen solle, auf sie übertragen ward ([2]). b) Vormünder erwerben ihren Curanden und Pupillen, ohne Wissen derselben, den Besitz, doch müssen sie, wie Bevollmächtigte, auf die eben angegebene Art, den Besitz ergreifen ([3]). c) Haussöhne und Sklaven erwerben den Besitz für ihren Vater und Herrn, wenn er ex caussa peculiari von ihnen ergriffen wird, ohne besondere Beauftragung und Wissenschaft ihres Vaters und Herrn, sogar wenn diese selbst willenlos

(1) L. 1. §. 20. L. 34. §. 1. L. 42. §. 1. h. t.

(2) L. 1. §. 23. h. t. L. 13. de donat. L. 37. §. 4. 6. de A. R. D. Ueber die Vereinigung der beyden letzten Fragmente sind auch noch zu vergleichen Retes l. c. P. 1. Tr. 3. Conf. 4. §. 28. Chesii interpr. (in iurispr. Rom. et Att. T. 2.) L. 1. c. 32.

(3) S. die in der vorletzten Note citirten Gesetze.

sind ([1]). In andern Fällen aber müssen sie vermöge eines vorgängigen Befehls, oder mit Wissen des Vaters und Herrn den Besitz für diese ergreifen ([2]). Der Grund, warum der Vater durch den Sohn den Besitz erwirbt, liegt nicht darin, weil er denselben besitzt ([3]). Er erwirbt daher durch den Sohn auch dann ex caussa peculiari, wenn derselbe von einem andern besessen wird, oder er nicht weiß, daß ihm die väterliche Gewalt zustehe ([4]). Durch den Sklaven erwirbt dagegen der Herr in der Regel nur insofern, als er denselben wirklich oder fingirt besitzt ([5]). Die Regel, daß die Mittelsperson nicht für einen andern den Besitz ergreifen muß, gilt auch hier wieder, jedoch gleichfalls mit der Einschränkung: wenn sie nicht den Besitz unter der Bedingung, ihn so oder so für den Vater oder Herrn zu erwerben, erhielten; denn in diesem Fall ändert der Wille des Empfängers nichts ([6]). Haben mehrere das Recht, durch

(1) L. 1. §. 5. L. 3. §. 12. L. 44. §. 1. h. t.

(2) L. 1. §. 10. L. 44. §. 1. h. t. L. 31. §. 3. de usurp.

(3) L. 1. §. 8. h. t.

(4) L. 4. h. t. L. 1. §. 6. eod.

(5) L. 1. §. 14. 15. h. t. Vergl. überh. Cuiac. comm. ad L. 4. D. h. t. Chesius l. c. L. 2. c. 40. Westphal §. 150. Cuper P. II. c. 26. 27.

(6) L. 1. §. 19. h. t. L. 1. §. 3. L. 30. de stip. serv. L. 37. §. 4. 6. L. 53. de A. R. D. L. 13. de donat. Cuper P. II. c. 29.

einen Sklaven den Besitz zu erwerben, so erwirbt von den Eigenthümern im Zweifel der, für welchen der Sklav absichtlich den Besitz ergreift ([1]). Sonst ist es Regel, daß mehrere Miteigenthümer pro rata den Besitz erwerben ([2]), und daß, wenn einer den Nießbrauch, ein anderer hingegen die Proprietät hat, der Sklav dem Nutznießer den Besitz erwirbt, insofern er ihn in Geschäften desselben oder durch seine Dienste erlangt, in den übrigen Fällen aber dem Eigenthümer ([3]). Ein zum Faustpfande gegebener Sklav erwirbt weder dem Pfandinhaber, noch dem Verpfänder den Besitz, weil jener keine Nutzungsrechte, und dieser keinen Besitz hat ([4]).

§. 19.

D) Am mehrsten ist der Besitz durch die mancherley Arten, wie man denselben durch sich selbst oder andre auf eine singulaire Art erwerben kann, erweitert worden. Es gehören hieher vorzüglich folgende Fälle: a) Wenn Jemand eine zusammenhängende nicht auf Einmal zu begreifende Sache besitzen will, so braucht er nur einen Theil

(1) L. 1. §. 7. h. t. L. 35. §. 5. de A. R. D. L. 22. L. 28. §. 1. L. 39. de stip. serv.

(2) L. 1. §. 7. h. t.

(3) L. 1. §. 8. L. 49. pr. h. t. L. 21. de usufruct. L. 10. §. 3. de A. R. D.

(4) L. 1. §. 15. h. t. vergl. mit §. 10. nr. 12.

derselben zu berühren, um sich zum Besitzer des Ganzen zu machen, daher denn das in Deutschland bey einseitigen Besitzergreifungen gewöhnliche Ausschneiden eines Splittens, das Abstechen einer Scholle u. dgl. zur Besitzerwerbung eines Hauses oder Grundstücks hinreicht, so wie das Aufdrücken eines Siegels ([1]. b) Hat Jemand von dem, welcher den Besitz erwerben will, den Auftrag erhalten, die Sache in dessen Hause niederzulegen: so geht eben dadurch der Besitz von dem einen auf den andern über ([2]). c) Befindet sich eine bisher nicht besessene bewegliche Sache in oder auf einer besessenen unbeweglichen: so erwirbt der Besitzer der letzten die erste durch den bloßen Entschluß ([3]). d) Eine Besitzergreifung ist gleichfalls nicht nothwendig, wenn der, welcher den Besitz erwerben will, in dem Augenblick, da der andre ihm den Besitz abtritt, auf die Sache hingewiesen wird, und dieselbe mit den Augen übersieht ([4]). Diese sogenannte traditio

(1) L. 3. §. 1. h. t. L. 4. §. 1. de per. et comm. r. v.

(2) L. 18. §. 2. h. t.

(3) L. 3. §. 3. h. t. vergl. noch über dieß Gesetz Chesius l. c. L. II. c. 5. §. 4. 6. Wieling lect. i. c. L. 1. c. 19. Bynkershoek Obs. L. 7. c. 1. Noodt probab. L. 2. c. 6. Faber err. pragm. D. 75. E. 2. de Man Diss. ad L. 3. §. 3. h. t. in Oelrichs Thes. Diss. Belg. T. 1. Westphal §. 119. Cuper P. II. c. 32. 33.

(4) L. 18. §. 2. h. t. L. 79. de solut. Man erwirbt daher auch custode apposito. L. 51. h. t.

longa manu setzt aber ihrem Begriff nach ein zweyseitiges Geschäft voraus. Will Jemand durch einseitige Handlungen den Besitz erwerben, so reicht das bloße Besitzergreifen mit den Augen nicht hin, weil kein Gesetz dieses singulare namentlich gestattet (1). Es braucht indeß diese einseitige Besitzerwerbung nicht im strengsten Sinn durch körperliches Berühren zu geschehen, sondern es reicht schon hin, wenn der Erwerbende durch eine von ihm (juristisch oder physisch) besessene Sache die andre so umschließt, daß ohne sich an ihm oder der umschließenden Sache zu vergreifen ein andrer die occupirte Sache nicht zu sich nehmen kann, nur müssen wilde Thiere so fest dadurch ergriffen seyn, daß sie sich nicht loswinden können (2). Aus diesem Grunde, und weil es Regel ist, daß Ländereyen nicht ganz betreten zu werden brauchen, läßt es sich denn auch vertheidigen, daß ein Grundstück einseitig erworben wird, wenn Jemand auf dasselbe reitet, um es zu occupiren. e) Wenn Jemand im Angesicht eines Waarenlagers oder Behältnisses einem Andern, welcher die darin befindlichen Sachen erwerben will, die Schlüssel übergibt, so wird schon dadurch der Besitz der verschlossenen Sachen übertragen (traditio

(1) Mascard de probat. Conct. 1191. n. 13. Connanus Comm. L. 3. c. 3.

(2) L. 13. 14. J. de rer. divis. L. 55. de A. R. L.

symbolica) (1). f) Uebergibt der Besitzer die sein Besitzrecht beweisenden Instrumente einem andern, in der Absicht, ihn zum Besitzer zu machen, so ist dadurch gleichfalls der Besitz erworben (2). Man nennt den durch diese symbolische Tradition übertragenen Besitz possessio instrumentalis (3). Viele verlangen, daß das Instrument, um jene Wirkung hervorzubringen, in praesentia rei übergeben werde (4). Allein da dieß in keinem Gesetz vorgeschrieben ist, so behaupten andre mit Recht das Gegentheil (5). g) Da die Gesetze allgemein sagen, daß der, welcher eine Sache detinire, durch den bloßen Ver-

(1) §. 45. J. de rer. divis. verbunden mit L. 74. de contr. emt. L. 1. §. 21. h. t. Voet Comm. Tit. de reb. cred. §. 5.

(2) L. 1. C. de donat.

(3) Es wird indeß dieser Ausdruck oft auch alsdann gebraucht, wenn Jemand den Besitz wirklich ergriffen hat, und nun zum Beweise der geschehenen Besitzergreifung über den ganzen Act ein förmliches Instrument errichten läßt. Stryk Diss. de poss. instrumentalis nat. et acquis. cap. 2. 3. 4. (oper. T. 2. n. 18.)

(4) Bartolus Comm. ad L. 2. in f. C. h. t. Mascard l. c. Vol. 3. C. 1191. n. 14.

(5) Zasius ad L. 3. h. t. n. 12. Hilliger in Donell. enuct. L. 5. c. 9. in f.

trag zum possessor gemacht werden könne (1), die Detention aber, wie weiter unten (§. 21. 22.) gezeigt werden wird, juristisch nicht mehr die wirkliche Begreifung, sondern bloß das erfordert, daß der sogenannte detentor in der Lage ist, nach Willkühr sich in den wahren Besitz setzen zu können: so ist die sogenannte traditio brevi manu (§. 4.) nun dahin erweitert, daß der juristische Besitz in Entfernung von der Sache erworben werden kann (2). Der Vertrag selbst muß aber unter Gegenwärtigen geschlossen werden (3).

h) Ein sehr abweichendes Mittel, den Besitz zu erwerben, ist der Vertrag, welchen man Consti-

(1) §. 44. J. de per. L. 62. pr. de evict. L. 7. §. 1. L. 9. §. 1. de publ. in rem act. L. 9. §. ult. de R. V. L. 21. in f. de A. R. D.

(2) Das Gegentheil behauptet in gewissem Betracht Faber err. pragm. P. 3. D. 75. E. 1. sqq. vermöge L. 47. de R. V. Allein die Worte: si absens heißen hier offenbar so viel, als: wenn er die Sache überhaupt nicht juristisch besaß. Cuiac. Obs. L. 4. c. 3. Westphal §. 123.

(3) Dieß ist die einzige Art, wie man, ohne sich dem Vorwurf einer willkührlichen Interpretation auszusetzen, L. 9. §. ult. L. 10. L. 11. pr. L. 15. de reb. cred. mit L. 34. mandati vereinigen kann. Voet. Tit. de reb. cred. §. 5. Andre Vereinigungsversuche s. bey Voet l. c. §. 6. Cocceii Tit. de reb. cred. qu. 9. Höpfner §. 766. not. 1.

tutum possessorium nennt ([1]). Wenn nämlich Jemand eigentlicher juristischer possessor ist, und auf einen andern die possessio übertragen, sich selbst aber die Detention der Sache, oder den Besitz auf dem Namen des andern, vorbehalten will: so sollte, nach der Strenge, erst die Sache wirklich tradirt, und dann wieder zurückgegeben werden. Diese unnöthige Solennität ist nun aber erlassen, und der bloße Vertrag reicht zur Uebertragung der possessio hin. Beyspiele eines solchen constituti possessorii sind: wenn Jemand eine Sache verkauft, und dieselbe als Pachter, Nutznießer oder Commodatar in Händen behält; wenn man einem andern ein Faustpfand (wodurch nach dem obigen die possessio übertragen wird) zu geben verspricht, sich selbst aber die Detention der Sache, um diese benutzen zu können, reser-

(1) Vergl. überh. Tiraquell de iure const. poss. in op. T. 4. Gilkenius de usucap. P. II. memb. 3. cap. 7. Stryk Diss. de possess. instrument. c. 1. n. 16—25. Faber Cod. Fabr. L. VII. T. 7. Def. 10—39. Mascov Diss. de const. possessorio. Lips. 1733. (op. T. 1. n. 4.) J. C. Spitz D. de natur. et effect. const. possessorii. Erf. 1751. daß dieses Institut eine barbarische Erfindung der Glossatoren sey, behaupten Giphanius lectur. Altorph. p. 120. 121. 474. H. F. Schorch D. de const. possessorio in LL. Rom. non fundato. Erf. 1732. Allein die rechtliche Gültigkeit desselben läßt sich auch L. 18. h. t. L. 77. de R. V. L. 28. C. de donat. cap. 9. X. de rest. spol. leicht vertheidigen.

virt (1). Natürlich ist aber in allen Fällen erforderlich, daß der constituens um dem andern (den constitutarius) den Besitz übertragen zu können, selbst eine wahre juristische possessio habe (2). Daß dieser Vertrag in praesentia rei geschlossen werde, wie manche (3) wollen, ist nicht erforderlich, weil die Gesetze es nicht verlangen (4). Eben so willkührlich sind die in den Schriften der älteren Juristen so häufigen Behauptungen, daß das Constitutum durch den Tod beyder, oder des einen der Contrahenten erlösche (5). Noch weniger Beyfall verdient die Meynung (6), daß man eine Entsagung der Be-

(1) Gegen die letzte Art des Constituti possessorii ist Pufendorf T. 1. Obs. 10. Allein vergl. L. 28. h. t. Mascov l. c. §. 33. Der Begriff des Constituti possessorii, welchen Hellfeld iurispr. for. §. 1000. aufstellt, ist offenbar ganz falsch.

(2) L. 32. §. 1. h. t. Cuper P. II. c. 40.

(3) z. B. Faber Err. pr. P. 3. D. 75. E. 1.

(4) Noodt probat. L. 11. c. 6. in f.

(5) Faber in Cod. Fabr. L. 7. T. 7. Def. 39. Wenn das Recht seiner Natur nach durch den Tod erlischt, wie der Nießbrauch, so verhält sich freylich die Sache anders. Recht lahme Gründe für die entgegengesetzten Ideen andrer findet man bey Gilkenius l. c. n. 35. sqq.

(6) Des Faber l. c. Def. 10. Mevius P. V. Dec. 159. Tiraquell P. III. lim. 10. n. 2.

sitzrechte von Seiten des Constitutarii vermuthen könne, und annehmen müsse, wenn derselbe innerhalb 10 Tagen nicht den physischen Besitz ergriffen, oder 3 Tage wissentlich einen Andern in dem Besitz gelassen habe. Wenn Gesellschaften eine sogenannte societas universalis eingehen, so werden sie wechselseitig durch den bloßen Vertrag Mitbesitzer der bey Schließung des Contracts vorhandenen Güter (1). Die Sachen hingegen, welche nachher in den Besitz des Einen kommen, gehen nur dann in den Mitbesitz des andern über, wenn sie demselben tradirt werden (2). i) Der Besitz hört mit dem Tode auf, und geht nicht auf den Erben (§. 5.) Daß ein allgemeines Gewohnheitsrecht dieß geändert habe (3) läßt sich durch nichts erweisen (4). Wenn indeß der Erblasser als Besitzer durch die unerlaubten Handlungen anderer schon ein Recht zu klagen erhalten hatte: so gehen natürlich die ihm zustehenden possessorischen Rechtsmittel auf die Erben, über (5).

(1) L. 1. §. 1. L. 2. pro soc.

(2) L. 37. pr. L. 52. §. 16. L. 74. eod. Unbestritten ist freylich dieser Satz nicht. Vergl. Cocceii Tit. pro soc. qu. 5. et Emminghaus ibid.

(3) Wie unter andern Carpzov Dec. 225. Schilter Ex. 15. §. 7. behaupten.

(4) Stryk D. de transit. poss. in hered. Helmst. 1655. §. 18. Idem U. M. P. h. t. §. 6—10.

(5) Müller ad Leyser Obs. 514. Hellfeld §. 1497.

k) Auch durch ein richterliches Erkenntniß kann der Besitz erworben werden ([1]). l) Werden durch Gewohnheiten noch andre singulaire Erwerbungsarten des Besitzes eingeführt, so sind diese gleichfalls von rechtlicher Kraft ([2]). Die älteren Juristen nennen einen solchen vermöge einheimischer Gewohnheiten und Statute auf eine singulaire Art erworbenen Besitz possessio civilissima ([3]).

§. 20.

E.) Noch sind zum Beschluß folgende Fälle zu erwähnen, da ohne ein körperliches Verhältniß zu einer körperlichen Sache der Besitz als existirend angenommen wird: a) eine moralische Person, welche an sich eines Besitzes unfähig ist (§. 3.) kann sowohl durch ihre Sklaven, als freye Mittelspersonen einen Besitz erwerben, und fortsetzen ([4]). b) Wenn Jemand, um sich der Klage eines An-

(1) L. 80. de R. V.

(2) Hieher gehört z. B. die sogenannte Scotatio, wovon in cap. 2. X. de consult. die Rede ist. Vergl. auch noch J. F. Link de scotatione Argent. 1729. Cuiac. Obs. L. 19. c. 28. Grundlingiana P. 7. S. 168. fgg. Grupen teutsche Alterth. 1. Cap.

(3) Stryk D. cit. de poss. instrumentali. cap. 1. n. 29. Struv Ex. 42. §. 17.

(4) L. 2. h. t. L. 7. §. 1. quod cuiuscunq. univ. nomin. Horn Diss. de possessione universitat. Viteb. 1701.

dern zu entziehen, sich arglistig aus dem Besitz setzt, oder sich im Proceß, ungeachtet er nicht besitzt, auf eine dingliche Klage einläßt: so wird er, zwar nicht überhaupt, aber doch in Rücksicht der wider ihn anzustellenden, oder erhobenen Klage als Besitzer behandelt (1).

§. 21.

2) In Rücksicht der Fortsetzung und des Verlustes des Besitzes ist A) folgende die erste und wichtigste Regel: jeder, welcher auf die bisher angegebene Weise einen Besitz anfing, wird auch ferner als Besitzer angesehen, wenn er nur A) seinen Willen nicht bestimmt dahin ändert, daß er nicht besitzen wolle. Dadurch also, daß Jemand seine Absicht zu besitzen vergißt, wird der Besitz eben so wenig verloren, als durch gänzliche Gemüthsabwesenheit (2). Aus denselben Gründen können denn auch die Personen, welche das Gesetz für willenlos erklärt, durch Willensänderung ihren Besitz nicht verlieren (3). Nur dann findet eine Ausnahme Statt, wenn sie zugleich auf einen Andern, welcher sich in gutem Glauben befindet, den Besitz übertra-

(1) L. 7. L. 25. L. 27. pr. §. 3. L. 80. de R. V.

(2) L. 31. §. 4. de usurp. et usuc. L. 1. §. 25. de vi et vi arm.

(3) L. 1. §. 3. L. 27. L. 29. h. t.

gen (¹). B) Dauert der Besitz fort, obgleich der Besitzer die Sache nicht mit dem Körper berührt, wenn er nur in der Lage ist, die aus der Detention entlassene Sache nach Willkühr wieder zu ergreifen (²). Der Besitz einer unbeweglichen Sache wird auch dadurch, daß ein andrer, welcher leicht zu vertreiben ist, sich heimlich die Detention angemaßt hat, keineswegs juristisch verloren (³). Man nennt einen auf diese Art durch die bloße Möglichkeit der körperlichen Ergreifung fortgesetzten Besitz possessio mentalis.

§. 22.

Aus diesen Grundsätzen folgt nun, daß der Besitz aufhören muß, wenn auch nur Eines jener Requisite wegfällt, also A) Wenn Jemand rechtsbeständig den animum possidendi aufgibt. In der Regel gehört dazu eine wirkliche bestimmte Willensänderung; doch gibt es einige Fälle, da die Absicht, den Besitz aufzugeben, rechtlich vermuthet wird. Dahin gehört a) der Fall, wenn Jemand leblose bewegliche Sachen außerhalb seiner

(1) L. 2. §. 15. 16. pro emt. Chesius l. c. Lib. II. cap. 39.

(2) L. 3. §. 13. 14. L. 44. pr. h. t. §. 5. I. de interdict.

(3) L. 3. §. 7. L. 6. §. 1. L. 13. §. 3. 4. L. 25. §. 2. L. 46. h. t.

Gewahrsam unbewacht liegen läßt ([1]). Den Besitz unbeweglicher Sachen verliert man dadurch nicht, daß man sie offen liegen läßt ([2]). Geschieht dieß jedoch aus Nachlässigkeit, oder ist der Besitzer eine lange Zeit abwesend, so kann ein andrer sich ungestraft in den Besitz setzen. In dieser Rücksicht ist dann also der Besitz als verloren anzusehen, nicht aber in anderm Betracht, z. B. in Betreff der Verjährung, welche durch die bloße Nachlässigkeit in Benutzung der Sache, oder lange Abwesenheit nicht unterbrochen wird ([3]). Auch in Ansehung der lebenden Sachen finden andere Grundsätze Statt. Einen Sklaven besitzt man auch alsdann, und durch ihn andre Sachen, wenn er abwesend, selbst wenn er entflohen ist ([4]); doch hört der Besitz auf, wenn ein Dritter denselben besitzt, oder wenn er lange als

(1) L. 3. §. 13. L. 47. h. t.

(2) L. 3. §. 11. L. 30. §. 5. L. 44. §. 2. L. 45. h. t. L. 1. §. 25. de vi et vi arm.

(3) Mehr kann man aus L. 37. §. 1. de usurp. et usuc. nicht folgern, und Cuper pag. 65. 66. nr. 20. geht zu weit, wenn er in dem gegebenen Fall unbeschränkt den Verlust des Besitzes annimmt. Uebrigens läßt es sich nicht mit Gewißheit sagen, was longum tempus hier bedeute. Retes l. c. P. II. cap. 2. §. 5. meynt 10 Jahre.

(4) L. 1. §. 14. L. 13. pr. L. 15. h. t. L. 5. §. ult. ad exh. L. 9. de serv. export. L. 25. §. 2. de lib. causs. L. 2. §. 25. de vi bon. rapt.

freyer Mensch gelebt hat, und sich in einen Proceß über seinen status einzulassen bereit ist ([1]). Wird ein besessener Sklav für frey erklärt, so wird er nun rechtlich angesehen, als ob er vom Anfange des Processes alles selbst besessen hätte; so wie er umgekehrt, wenn der Herr ihn bisher nicht besaß, als stets von demselben besessen betrachtet wird, sobald wider ihn erkannt wird ([2]). Was die Thiere betrifft, so muß man wilde, zahme, und bezähmte unterscheiden. Die ersten besitzt man nur so lange, als man sie in seiner Gewahrsam hat, d. h. so lange man sie physisch detinirt, oder ihre Detention nach Willkühr erlangen kann, z. B. wenn man den Fisch in einen Kasten oder kleinen Teich, das Wildprett in einen eng umzäunten Raum, nicht aber wenn man den Fisch in einen Landsee, oder das Wildprett in einen, selbst mit einem Gehäge umschlossenen, Wald setzt; weil im letzten Fall die Wiedererlangung des Besitzes immer vom Zufall abhängt ([3]). Zahme und

(1) L. 3. §. 10. L. 50. §. 1. h. t. L. 15. §. 1. de usurp. et usuc.

(2) L. 12. ex quib. cauff. mai. L. 24. L. 25. §. ult. de lib. cauff. L. 5 C. eod. Maranus ad L. 1. §. 14. h. t. oper. p. 609. Cuiac. Obf. L. 8. c. 23. Retes l. c. p. 476. §. 10.

(3) L. 3. §. 14. h. t. Da man das Eigenthum wilder Thiere mit dem Besitz derselben verliert, §. 12. J. de rer. div. so kann man denn auch allerdings durch Occupation die in dem See oder umzäunten

zahmgemachte Thiere dagegen besitzt man, wenn sie die in ihrer Natur liegende, oder erlernte Gewohnheit zu gehen und wieder zu kehren nicht abgelegt haben, so lange, als sie den animum revertendi haben; sonst aber nur so lange, als man sie in seiner Gewahrsam hält ([1]). b) Wird die Absicht, den Besitz aufzugeben, vermuthet, wenn der Besitzer den, welcher sich heimlich in den Besitz seiner unbeweglichen Sache gesetzt hat, nicht sofort, da er dieß erfährt, aus der Detention vertreibt ([2]). Von diesem Fall, nämlich davon, daß der Besitz einer unbeweglichen Sache durch die bloße Occupation eines Andern noch nicht verloren werde, sind denn auch nach der ganzen Analogie und den Inscriptionen L. 8. h. t. L. 153. de R. I. zu verstehen ([3]). B) Muß der Besitz

Walde eines Andern befindlichen Fische und wilden Thiere erwerben. Was Höpfner §. 300. not. 4. dagegen sagt, ist sehr unbedeutend. Vergl. Westphal §. 43. 44. Fleck pag. 78—84.

(1) L. 3. §. 15. 16. h. t.

(2) L. 6. §. 1. L. 7. L. 25. §. 2. L. 46. h. t. Bewegliche Sachen hört man auf, in dem Augenblick zu besitzen, da ein andrer sich dieselben factisch anmaßt. L. 3. §. 18. L. 15. L. 47. h. t.

(3) Denn die Regel, der Besitz wird nur dann verloren, wenn er animo et corpore aufgegeben wird, wäre unsinnig, und klaren Gesetzen zuwider. L. 3. §. 6. L. 18. pr. §. 1. L. 44. §. 2. h. t. Der Knoten ist leicht gelöst, wenn man nur Acht darauf hat, daß Ulpian in jenen Stellen (wie die Inscriptionen

aufhören, wenn der bisherige Besitzer außer Stand gesetzt wird, die physische Detention der Sache nach Willkühr wieder zu erlangen, z. B. wenn Kriegsheere die Sache occupirt haben, wenn sie vom Wasser überströmt, oder verloren ist ([1]). Indeß hört der Besitz nicht in allen Fällen auf, wenn sie verloren ist, d. h. wenn man nicht weiß, wo sie liegt. Dieß ist nur dann der Fall, wenn eine bewegliche Sache außer der Gewahrsam einer Person an einem unbekannten Orte liegt. Befindet sie sich innerhalb des Bezirkes, welchen der Verlierende in Besitz hat, oder auf einem bestimmten Platz, welcher nur genau durchgesucht zu werden braucht, um die verlorene Sache zu entdecken: so wird der Besitz dadurch nicht aufgehoben ([2]). Personen, deren Wille sonst ohne

verglichen mit L. 2. L. 9. de vi lehren) von dem Interdicto unde vi handelte. Hier frug er nun gewiß: wenn Jemand sich heimlich in den Besitz gesetzt hat, und den zurückkehrenden bisherigen Besitzer abtreibt, ist dieser dann erst durch das Abtreiben und das Beruhigen dabey aus dem Besitz gekommen? Die Antwort war Ja; und nun folgte denn jene Regel der L. 8. und 153. cit. Vergl. Westphal §. 173. Cuper P. II. c. 36. Spangenberg §. 54. Fleck p. 96 — 99.

(1) L. 3. §. 13. 14. 17. L. 13. pr. L. 18. § 3. L. 25. pr. h. t.

(2) L. 3. §. 13. L. 25. pr. L. 44. pr. h. t. vergl. auch noch Cuper P. II. c. 34.

Kraft ist, können doch auf diese Art dadurch, daß sie sich die Wiedererlangung der Detention physisch unmöglich machen, den Besitz verlieren (¹).

§. 23.

2) Eine gleichfalls sehr wichtige Regel ist, daß man auch durch Mittelspersonen den Besitz fortsetzen kann, d. h. daß man als possessor betrachtet wird, wenn man den Personen, welchen nach dem oben Gesagten eine nuda detentio zugeschrieben wird, den natürlichen Besitz einräumt (²). Dieß hat denn die merkwürdige Folge, daß so lange diese Mittelspersonen nicht aus dem Besitz verdrängt sind, der juristische possessor selbst dann seinen Besitz nicht verliert, wenn er in eigner Person von einem Dritten herausgeworfen wird (³). Werden diese Mittelspersonen durch eine Geistesabwesenheit unfähig, in rechtlicher Absicht zu detiniren (⁴), oder verlassen sie den Besitz, so verliert der juristische possessor nichts dadurch; wohl

(1) L. II. de A. R. D. und L. 29. h. t. sind auf diese Art zu vereinigen. Cuper P. II. c. 37. 38. Spangenberg §. 57. not. a.

(2) L. 1. §. 5. L. 20. L. 34. §. 1. L. 42. §. 1. L. 44. §. 1. h. t.

(3) L. 1. §. 45. de vi et vi arm. Fleck Comm. de interd. unde vi p. 28. not. l.

(4) L. 25. §. 1. h. t. L. 31. §. 3. de usurp. et usucap.

aber wenn sie einem Andern den Besitz wirklich eingeben (¹), oder sich denselben durch ein äußeres

(1) Das Gegentheil behauptet Struben 1. B. 139. mit mehreren anderen. Rave de praescr. §. 75. S. 118. 119., welcher derselben Meynung ist, folgert denn ganz consequent daraus, daß der auf diese Art in den Besitz gekommene Dritte die Sache nie durch Verjährung erwerben könne. Dieß ist aber ganz falsch. Nach dem Recht der Pandekten war es ausgemacht, daß wenn eine Mittelsperson den Besitz an einen Dritten übertrage, der Letzte Besitzer werde. L. 44. §. 2. h. t. Nur darüber war Streit, ob das bloße Verlassen den bisherigen Besitz aufhebe? L. 31. de dolo L. 13. h. t. Nur den letzten Streit entschied Justinian in L. 12. C. h. t. Die Worte: vel alii prodiderit scheinen zwar für Struben zu sprechen. Allein das gleich folgende: ut locus aperiatur zeigt, daß in dem Vorhergehenden Pleonasmen sind. Aus dem Grunde zu schließen ist mißlich und unerlaubt, weil er vag, weil das Gesetz singulair, und weil der übergangene Fall ganz andrer Natur ist, indem hier auch die Frage entstehen kann, ob man den neuen durch einen gerechten Titel geschützten Besitzer zu Gunsten des vorigen auf eine so exorbitante Art soll leiden lassen. Struv Ex. 42. §. 35. Diesen letzten Grund hätten Cuper P. II. c. 39. Spangenberg §. 64. not. 8. Fleck Comm. de interd. unde vi p. 77—80. Idem Spec. herm. cit. p. 112. 113. welche im übrigen mit mir gleichdenken, auch urgiren sollen, weil nur dadurch allein der Streit ganz entschieden werden kann. — Uebrigens versteht es

Factum der Eigenmacht anmaßen (1), sofern sie nur im letzten Fall nicht der Gewalt des Besitzers unterworfen waren (2).

sich von selbst, daß wenn Mittelspersonen bloß die ihnen zustehende nuda detentio einem andern übergeben, z. B. eine gepachtete Sache afterverpachten, dadurch allein die possessio des wahren Besitzers nicht aufgehoben wird. L. 25. §. 1. L. 30. §. ult. h. t.

(1) L. 12. L. 18. pr. de vi et vi arm. vergl. mit §. 10. nr. 1.

(2) L. 15. h. t. L. 40. pr. eod. L. 33. §. ult. de usurp.

Dritter Abschnitt.

Ueber die rechtlichen Wirkungen des Besitzes.

§. 24.

Die Lehre von den rechtlichen Folgen, welche aus dem Besitz entspringen, kann hier nur angedeutet, nicht aber vollständig entwickelt werden, weil sie in das Detail vieler andern Materien eingreift, und dem, welcher mit diesen vertraut ist, ohnehin hinlänglich bekannt seyn muß, sonst aber abgesondert nicht verständlich gemacht werden kann. Die beyden Hauptfragen, welche unter diese Rubrik gehören, sind: welche Rechte erzeugt der Besitz? und welche Verbindlichkeiten entspringen aus demselben?

§. 25.

I.) Die Rechte (1), welche mit den verschiedenen Arten des Besitzes verknüpft sind, (das sogenannte jus possessionis) bestehen hauptsächlich in folgenden. 1) Jeder Besitzer kann sich durch Privatgewalt in seinem Besitz vertheidigen (2), und sogar den, welcher ihn entsetzt hat, mit Gewalt wieder vertreiben, doch muß dieß auf frischer That geschehen (3). 2) Auch durch richterliche Zwangsmittel kann sowohl der fortdaurende, aber gestörte Besitz vertheidigt, als der verlorene Besitz verfolgt werden; doch steht nicht jedem Besitzer diese Befugniß zu, wie in der Lehre von den Interdicten zu zeigen ist. 3) Der Besitzer wird im Zweifel jedem andern in Rücksicht des Rechtes auf den Besitz vorgezogen (in pari caussa melior est conditio possidentis (4). Er braucht daher a) den Rechtsgrund seines Besitzes in der Regel gar nicht anzugeben (5). b) Er braucht Nie-

(1) Vergl. überh. J. G. Fichtner de poss. commodis. Alt. 1711. P. Müller D. beati possidentes. Jen. 1687.

(2) L. ult. h. t. L. 3. §. 9. L. 17. de vi. L. 1. C. eod. L. 29. §. 1. ad L. Aquil.

(3) L. 3. §. 17. de vi. R. A. v. J. 1521. Art. 2.

(4) L. 3. §. 1. h. t. L. 128. de R. I.

(5) Die hereditatis petitio macht, wie man gewöhnlich behauptet, eine Ausnahme. L. 12. de hered. pet. L. 36. de R. V. jedoch vergl. mit L. 6. §. 1.

mand den Besitz abzutreten, als dem, welcher sein besseres Recht dargethan hat ([1]), jedoch fallen diese Begünstigungen in den Fällen weg, da besondere rechtliche Vermuthungen wider den Besitzer streiten, z. B. wenn er sich in dem Besitz der Beschränkung eines seiner Natur nach unbeschränkten Rechtes befindet ([2]). c) Bey gleicher Stärke der Beweise ist für den Besitzer zu erkennen ([3]). d) Der Besitzer kann nicht ex lege diffamari provocirt werden, seine Ansprüche auf den Besitz rechtlich geltend zu machen ([4]). 4) Wer possessor ist, und einem andern die detentio der Sache eingegeben hat, kann in dem Augenblick, da das Recht des letzten aufhört, den physischen Besitz der Sache eigenmächtig ergreifen, nur muß der detentor ihm keine Gewalt entgegense-

de interpr. in iure. Cuiac. Obs. L. 10. c. 1. Allein im Grunde existirt diese Ausnahme nicht. Denn auch hier justificirt der Beklagte seinen Besitz nicht, sondern er antwortet nur auf die Frage: ob die Klage gegen ihn Statt finde?

(1) L. 11. C. de pet. hered. L. 24. de R. V. L. ult. C. eod. Reinharth de poss. ab onere prob. relev.

(2) Cap. 1. de privil. in 6. cap. 29. X. de decim. Mevius P. III. D. 205. P. IV. D. 357. P. VI. D. 151. P. VIII. D. 248. Carpzov P. II. c. 8. D. 4. 5. Stryk D. de possidente non meliore. Frankf. 1687.

(3) Cap. 6. X. de probat.

(4) P. Müller Diss. cit. M. 2. §. 4.

ßen ([1]). 5) Ein nicht durch eine unerlaubte Eigenmacht erlangter Besitz setzt den Detinirenden in den Stand, wegen connexen Forderungen das Retentionsrecht auszuüben. Der Sinn und die nähere Bestimmung dieses Satzes sind hier als bekannt vorauszusetzen ([2]). 6) In den Fällen, da ein dingliches Recht nicht ohne Besitzergreifung wirklich werden kann, enthält der Besitz den nächsten Grund der Erwerbung desselben. 7) Der Besitzer in gutem Glauben erwirbt in manchen Fällen die von der Sache gezogenen Früchte, theils interimistisch, theils unbedingt. Bey der Entwickelung der Lehre von der rei vindicatio und hereditatis petitio wird dieser Satz näher erörtert. 8) Der Besitzer einer unbeweglichen Sache ist nach der Praxis in der Regel von aller Cautionsleistung im Proceß befreyet ([3]). Viele rechnen es auch noch, 9) zu den Vortheilen des Besitzes, daß man dem Besitzer besonders weite Termine und Befristungen im Proceß gestatten müsse ([4]). Allein da sich dieß auf keiner speciellen gesetzlichen Ausnahme gründet, und allgemeinen Rechtsgrundsätzen widerstreitet ([5]): so wird dieser angebliche Vortheil des Besitzes mit Recht von andern geleugnet ([6]).

(1) Struben 3. B. 57. Bnd.

(2) S. Hellfeld Tit. de compens. i. f.

(3) S. Tit. P. qui satisdar. cog. wohin die weitere Ausführung dieses Satzes gehört.

(4) Glossa ad L. 8. si serv. vind. Menoch. L. 6. P. 69. n. 32.

(5) L. 21. de recept. L. 27. fam. herc.

(6) Fichtner l. c. §. 31.

§. 26.

Besonders merkwürdig, wenigstens in historischer Rücksicht, ist noch die so sehr bestrittene Frage: ob die aus dem Besitz entspringenden Rechte (ius possessionis) dingliche, oder persönliche, oder eine dritte Art sind? Das letzte kann nicht seyn, weil nur die beyden Fälle, daß man sein Recht durch eine dingliche, oder persönliche Klage schützt, denkbar sind. Kann man also zeigen, daß die remedia recuperandae possessionis keine actiones in rem sind, so folgt von selbst, daß sie nichts andres als actiones in personam seyn können, daß also das sogenannte ius possessionis ein persönliches ist. Dieser Beweis läßt sich aber leicht führen. Denn wenn Jemand vor einem Andern besaß, so kann er gegen diesen bloß aus dem Grunde, weil er besaß, den verlornen Besitz nicht verfolgen. Nach Römischem Recht gibt der gehabte Besitz nur die Befugniß, gegen die neuen Besitzer in dem Fall (also bloß persönlich) zu klagen, wenn sie sich durch unerlaubte Eigenmacht in den Besitz setzten (1). Das Kanonische Recht ist noch einen Schritt weiter gegangen, indem es die actio und exceptio spolii auch gegen den Nachfolger des Entsetzenden gestattet, wenn er in bösem Glauben ist (2), aber doch kei-

(1) L. 1. §. 12. 13. 14. L. 3 §. 12. de vi.

(2) Cap. 18. X. de rest. spol.

neswegs gegen jeden dritten Besitzer (¹). Es ist daher jene Streitfrage eigentlich nur dadurch merkwürdig, daß sie überhaupt eine Streitfrage geworden ist (²).

§. 27.

Der Besitz erzeugt aber auch II.) auf der andern Seite Verbindlichkeiten. Es muß nämlich a) der Besitzer sich auf die, die besessene Sache betreffenden actiones in rem und in rem scriptas einlassen, und zwar auf manche, wie z. B. die actio ad exhibendum im Ganzen unbedingt, auf andre hingegen nur insofern, als er sich nicht, wegen seines der Klage nicht widerstreitenden Rechtes, durch die sogenannte laudatio auctoris von der Klage zu befreyen vermag. Die verschiedenen einzelnen Fälle lassen sich hier aber nicht ausheben, und müssen beyläufig da, wo sie in ihrer natürlichen Verbindung stehen, erörtert werden. b) Der Besitzer in bösem Glauben ist in manchen Fällen wegen des casus verantwortlich, und haftet wegen der nicht gezogenen Früchte, der Zinsen und des Interesse. Auch diese Sätze würden in der Theorie vom Besitz zu früh oder zu spät entwickelt werden, und lassen sich daher an diesem Orte nicht erschöpfend darstellen.

(1) Das Gegentheil behauptet zwar Mevius P. IV. D. 69. P. VIII. D. 383., allein vergl. Boehmer I. E. P. L. II. T. 13. §. 7—11. §. 16. 17.

(2) Meine Versuche 2. B. S. 62—64.

Zweyter Theil.

Ueber die Verjährung.

Einleitung (1).

§. 1.

Jedes Recht ist, als freye Befugniß zu handeln, seiner Natur nach immerwährend. Die bloße Nichtausübung desselben von Seiten des Berechtigten kann weder den Verlust, noch die Ausübung desselben von Seiten eines Andern den Erwerb desselben nach sich ziehen. Indeß können

(1) Schriften über die Lehre von der Verjährung. Groslot de usucap. (Otto Thes. T. V.) P. Gilkenii tr. de usucap. et divers. temp. praescr. Frankf. 1602. 4. Estor Entw. der verworrenen Lehre von der Röm. Usucapion. Marb. 1756. 8. J. Ravii princip. univers. doctr. de praescript. am besten cum notis J. B. C. Eichmann. Hal. 1790. J. L. Schmidt opusc. de praescript. praesert. circa pignus. Jen. 1780. opusc. I. E. C. Westphal Syst. des R. R. über die Arten der Sachen ꝛc.

positive Bestimmungen es möglich machen, daß die Nichtausübung eines Rechts den Verlust desselben zur Folge hat. Diesen Verlust eines Rechts, welcher sich darauf gründet, daß Jemand binnen einer gewissen Zeit seine Rechte nicht geltend machte, nennt man **Verjährung** (praescriptio s. lato).

§. 2.

Die Verjährung, als positives Institut im allgemeinen Verstande (1), kann festgesetzt seyn durch ein eigentliches positives Gesetz, durch ein richterliches Decret, durch einen Vertrag, oder

Leipz. 1788. §. 497 — 839. — Die Ideen der Glossatoren findet man in einer Sammlung kleiner Schriften, welche den Titel führt: de praescript. quae cum iure civili tum pontificio continentur tractatus perutiles ac necessarii, a diversis editi. Colon. Agripp. 1568. 8. Außerdem findet man noch viel Gutes über die Verjährung in den besseren Commentaren über die Pandekten und den Codex. — Die zahllosen Inaugural-Dissertationen de usuc. et praescr. verdienen fast ohne Ausnahme zu anderm Gebrauch, als zum Lesen, empfohlen zu werden.

(1) Ueber die Frage: ob die Verjährung sich im Natur-Recht gründe? ist unsäglich viel geschrieben. Die Schriften einzeln anzuführen, ist unmöglich, auch unnütz, da der, welcher noch jetzt die Frage bejahet, schlechterdings nicht zu widerlegen ist. Daß sie im Staat eingeführt werden müsse, kann man zugeben, ohne dadurch im Sinn der älteren Juristen die Frage bejahet zu haben.

ein Testament. In Rücksicht ihres Ursprungs theilt man sie hienach ein in legalis, judicialis, conventionalis und testamentaria. Was von der zweyten zu wissen nöthig ist, wird im Proceß vorgetragen, und hier braucht nur bloß die Frage erörtert zu werden, inwiefern dagegen Restitution ertheilt wird? Das Nöthige darüber kommt unten §. 64. fg. vor. Auch die conventionalis und testamentaria, wobey alles von dem erklärten Willen abhängt, bedarf keiner weitläuftigen Erörterung. Nur die Frage ist hier merkwürdig: ob durch dieselbe die Grenzen der legales erweitert werden können? Manche leugnen dieß, weil die Gesetze sagen: die gesetzliche Verjährung sey juris publici, und weil ein Bürger das jus publicum nicht ändern könne ([1]). Allein sowohl der Zweck dieses Instituts, als gesetzliche Vorschriften ([2]), widerstreiten durchaus dieser Theorie. Ueber die auch noch wichtige Frage: ob gegen die praescriptio conventionalis und testamentaria Restitution ertheilt werde? s. unten §. 64. fgg. Es wird also in den folgenden §phen hauptsächlich nur von der praescriptio legalis zu handeln seyn.

§. 3.

Jedem Recht correspondiren negative oder positive Verbindlichkeiten, welche mit demselben auf-

(1) Rave §. 167. et ibi ab Eichmann cit.

(2) L. 31. §. 22. de aedil. edict. L. 2. C. int. emt. et vend.

hören müssen. Der Verlust eines Rechts von der einen, zieht also den Erwerb eines Vortheils von der andern Seite nach sich. Insofern ist denn jede Verjährung zugleich erwerbend oder erlöschend. Es kann indeß dieß Erwerben und Erlöschen auf doppelte Art geschehen. Nämlich entweder erhält der, welcher durch Verjährung erwirbt: 1) nur bloß das, was aus dem Erlöschen des Rechts des andern folgt, z. B. wenn eine Servitut erlischt, und dadurch das Gut frey wird; oder wenn der Eigenthümer seine rei vindicatio verliert, und dem bisherigen Besitzer zwar nicht das Eigenthum der Sache, aber doch das, was aus dem Verlust der Klage folgt, d. h. eine Einrede gegen den vindizirenden Eigenthümer, gestattet wird. 2) Er erhält noch mehr, als aus dem bloßen Erlöschen des Rechts des andern folgt, z. B. A besitzt die Sache des B, und erlangt durch Verjährung ein Eigenthum gegen jeden. Im ersten Fall nennt man die Verjährung die erlöschende (extinctiva), in diesem die erwerbende (acquisitiva).

§. 4.

Die erwerbende Verjährung ist wieder von doppelter Art. Entweder erwirbt man grade das Recht, welches der andre verliert (z. B. A erwirbt das Eigenthum des B), oder ein Recht, welches der andre nicht hatte, welches aber doch das Recht desselben beschränkt oder aufhebt (z. B.

A erwirbt eine Servitut an der Sache des B). In jenem Fall nennt man sie translativa, in diesem constitutiva (1).

§. 5.

Das System der Verjährung nach dem neuesten Recht läßt sich nicht begreifen, wenn man nicht, wenigstens in den Hauptzügen, die Geschichte der allmähligen Ausbildung dieses Instituts bey den Römern vorangehen läßt (2). Die Unbekanntschaft mit derselben hat einen großen Theil der von jeher in dieser Lehre herrschend gewesenen Verwirrung verursacht.

§. 6.

In den ältern Zeiten war die Verjährung in Rom ganz unbekannt. Niemand verlor ein Recht, auch wenn er noch so lange versäumet hatte, dasselbe gegen einen Dritten geltend zu machen. Die

(1) Rave §. 15.

(2) Schriften: F. C. Conradi hist. usuc. et long. temp. praescr. in dessen Triga lib. quib. iur. usuc. illustrant. F. A. Rivini D. de usucap. stat. sec. ord. chronol. a XII Tab. ad Just. Vit. 1756. Galvan de usufr. cap. 11. C. F. Pohl de or. et fatis pr. longiss. t. usque ad Justin. Lips. 1779. Idem de fat. pr. longiss. t. ex LL. Justiniani. Lips. 1780. C. H. Gros Gesch. d. Verjährung nach Röm. Recht. Gött. 1795. 8.

XII Tafeln stellten zuerst den Grundsatz auf, daß ein Bürger durch den ruhigen, bona fide und justo titulo erlangten Besitz an unbeweglichen Sachen in zwey, an beweglichen in einem Jahr das dominium quiritarium erwerben solle ([1]).

§. 7.

Obgleich unkörperliche Sachen nicht eigentlich besessen werden können, so ward dennoch durch eine ausdehnende Erklärung der XII Tafeln der Satz eingeführt, daß man auch Servituten, sofern man sich eine gewisse Zeit quasi in possessione derselben befunden habe, usucapiren könne ([2]).

§. 8.

Da überhaupt die Befreyung von einer Verbindlichkeit mehr als die Erwerbung eines Rechts begünstigt wird: so kam nun auch zugleich der Satz auf, daß eine Servitut durch ein- oder zweyjährigen Nichtgebrauch verloren werde ([3]), und zwar so, daß eine servitus personalis und rustica durch den bloßen non usus verloren gehen solle, eine urbana aber nur dann, wenn der Herr des dienenden Guts eine usucapio libertatis vorgenommen, d. h. sich die Freyheit durch ein factum

(1) Cicero pro Caec. c. 19.

(2) Cicero l. c. 26.

(3) L. 7. de servit. praed. urb. L. 4. §. 29. de usurp. et usuc.

angemaßt, und der Andre sich die bestimmte Zeit dabey beruhigt habe (1). Weil manchen der Grund dieses Unterschiedes nicht einleuchtet, so bestimmen sie diese Sätze so: eine servitus, sagen sie, welche kein opus manufactum erforderte, z. B. die Weidegerechtigkeit ging durch den bloßen non usus verloren. Von dieser Art sind gewöhnlich die servitutes rusticae. War hingegen die servitus eine solche, welche ein opus manufactum erforderte, wie z. B. die servitus tigni immittendi oder aquaeductus, so ging sie nicht eher verloren, als bis der Herr des dienenden Guts durch Destruction des Werks eine usucapio libertatis vorgenommen hatte. Von dieser Art sind in der Regel die servitutes urbanae, und dieß ist denn der Grund, warum L. 6. cit. bloß zwischen servitutibus rusticis und urbanis unterscheidet (2). Allein da offenbar sehr viele servitutes rusticae ein opus manufactum erfordern, mehrere urbanae hingegen nicht, die Gesetze aber schlechthin zwischen urbanis und rusticis unterscheiden: so läßt sich diese Theorie nicht billigen, zumal da es höchstwahrscheinlich ist, daß jener Unterschied zwischen servitut. rusticis und urbanis von der Eintheilung der Sachen in res mancipi und nec mancipi abhing (3).

(1) L. 27. quib. mod. usufr. amitt. L. 6. de serv. praed. urb.

(2) Höpfner Comment. §. 368. n. 3. Gros S. 23—25.

(3) Pufendorf Obs. T. III. Obs. 188. §. 4. 5.

§. 9.

Weiter ließen die Vorschriften der XII Tafeln, ohne grade gegen die Worte derselben anzugehen, sich nicht ausdehnen. Da indeß der Nutzen der Verjährung immer einleuchtender ward, so führten die Prätoren unter dem Namen praescriptio eine neue Verjährungsart ein, welche sie der usucapio an die Seite setzten, und in vielen Fällen zuließen, in welchen die letzte nicht eintreten konnte. So konnte z. B. ein Römer Provinzial-Grundstücke nicht im dominio quiritario haben, also auch nicht usucapiren, weil usucapiren so viel hieß, als, das dominium quiritarium durch Besitz (usus) erwerben. Dennoch ließen nun die Prätoren an diesen und ähnlichen Sachen eine erwerbende Verjährung zu. Eine solche Verjährung ließ sich aber nur dadurch mit den XII Tafeln vereinigen, wenn der Verjährende nicht das dominium quiritarium erhielt (nicht usucapirte). Die Prätoren gaben also dem Verjährenden bloß eine Einrede zur Schützung des Besitzes, das Recht des ruhigen Besitzes ohne rei vindicatio directa. — Daher der Name: praescriptio (1).

(1) Praescriptio nämlich heißt überhaupt eine Einrede. L. 91. in f. de solut. Der Name ist so entstanden. Der Prätor instruirte nur den Proceß; die Klagen und Einreden wurden bey ihm vorgebracht, die Untersuchung der Thatumstände und das Erkenntniß hingegen überließ er den iudicibus. Bey der Verweisung an die iudices bestimmte der Prätor was

§. 10.

Die Präscription hatte Anfangs keinen bestimmten Zeitraum. Erst unter den Kaysern ward zur Vollendung derselben ein 10- oder 20jähriger Zeitraum festgesetzt, je nachdem der, gegen den verjährt werden sollte, gegenwärtig oder abwesend sey (1).

§. 11.

Uebrigens fanden manche wichtige Unterschiede zwischen der usucapio und praescriptio Statt. 1) In Ansehung des Zeitraums, wie bereits angeführt ist. 2) Die usucapio ertheilte ein dominium quiritarium, und also eine vindicatio directa; die praescriptio hingegen Anfangs, wie überhaupt das dominium bonitarium, eine bloße Einrede, und erst später eine sogenannte

untersucht, und wie unter gewissen Umständen erkannt werden solle. In der Formel, durch welche dieß geschah, schrieb er denn auch zugleich den iudicibus vor, (praescribebat) auf die von dem Beklagten vorgeschützten Einreden Rücksicht zu nehmen. Deswegen nannte man denn jede Einrede praescriptio. Schmidt opusc. de praescr. op. 1. §. 1. — Manche erklären das Wort anders. Donell. comm. de iur. civ. L. 22. c. 1. D'Avezan de usuc. in Meermanni Thesaur. T. 4. p. 213.

(1) L. 76. §. 1. de contr. emt. Paul. Sent. rec. L. V. T. 2. §. 3.

rei vindicatio utilis [1]. 3) Die praescriptio fand bey Sachen Statt, welche gar nicht usucapirt werden konnten, nämlich hauptsächlich a) bey Provinzial-Grundstücken; b) überhaupt bey allen öffentlichen Sachen [2]. 4) Die Usucapion, bey welcher alles nach der Strenge ging, ward nicht durch die gegen den Besitzer gerichtete Klage unterbrochen, wohl aber die praescriptio als ein, auf die Billigkeit gebautes prätorisches Institut [3]. 5) Aus eben diesen Gründen lief die Usucapion gegen Minderjährige und Pupillen, nicht aber die Präscription [4].

§. 12.

So wie die Präscription nach und nach mehr Umfang gewann, so ward dagegen die Usucapion durch das Scribonische Gesetz, welches die Usucapion der Servituten aufhob [5], sehr be-

(1) L. 13. §. 1. de iureiur. L. 8. pr. C. de praescr. XXX vel XL ann. T. C. Conradi Diss. qua perpetuum usucap. effectum dominium iuris quiritarii evincitur. Vindobon. 1738.

(2) L. 13. pr. de long. temp. praes. Pauli Sent. rec. L. V. T. 2. §. 3.

(3) L. 2. 10. C. de long. temp. pr. L. 26. C. de rei vind. L. 2. §. 21. pro emt. L. 2. pro donat.

(4) L. 2. §. 15. L. 7. §. 3. pro emt. L. 48. pr. de acquir. rer. dom. vergl. auch unten §. 65.

(5) L. 4. §. 24. de usurp. et usuc.

schränkt. Allein bald nachher führten die Prätoren wieder eine Verjährung der Servituten ein, welche im Ganzen nach Analogie der praescriptio ausgebildet ward, aber nirgend unter dem Namen der praescriptio vorkommt (1). Manche neuere nennen sie daher praescriptio extraordinaria (2).

§. 13.

Eine merkwürdige Erweiterung erhielt die Präscription noch vor Justinian durch Theodosius und Anastasius. Bis auf Theodosius nämlich war es Grundsatz gewesen, daß wenn die Requisite der usucapio oder praescriptio nicht Statt fanden, z. B. iustus titulus oder bona fides von Seiten des Besitzers fehlten, daß alsdann gar keine Verjährung eintrat. Nun aber setzte Theodosius (3) fest, daß wer eine ihm zustehende Klage binnen 30 Jahren nicht anstelle, nach dieser Zeit sein Klagrecht verlieren solle. Anastasius behielt dieß im Ganzen bey, setzte aber ausnahmsweise für einige Klagen einen 40jährigen Zeitraum (4). Diese sogenannte praescriptio longissimi temporis, von welcher man nun die Prätorische Prä-

(1) L. 10. si serv. vindic. L. 5. §. 3. de itinere actuque privat.

(2) Hofacker princ. iur. R. G. T. II. §. 1099.

(3) L. 3. C. de praescr. 30. ann.

(4) L. 4. C. eod.

scription durch die Benennung longi temporis praescriptio unterschied, war nach diesen Verordnungen eine bloße Extinctiv-Verjährung (§. 3). Denn der Besitzer einer Sache, gegen den nun nach 30 oder 40 Jahren nicht mehr geklagt werden konnte, erhielt kein mit einer vindicatio verbundenes Eigenthum, sondern bloß das, was aus der Vernichtung der Klage folgte: eine Einrede zur Schützung des Besitzes, weil Niemand ein Klagrecht gegen ihn hatte ([1]).

§. 14.

So und bis dahin hatte sich die Lehre von der Verjährung ausgebildet, als Justinian zur Regierung kam. Die Verordnungen desselben haben die ganze Lehre umgeschaffen, und nach der richtigern Meynung den wesentlichen Unterschied zwischen usucapio und praescriptio ganz aufgehoben. Er verordnete nämlich I) in Ansehung der §. 11. angegebenen Unterschiede zwischen usucapio und praescriptio longi temporis: 1) die usucapio solle in Betreff des Zeitraums sich nach der praescriptio longi temporis richten ([2]). 2) Auch Provinzial-Grundstücke solle man usucapiren können ([3]). 3) Die Usucapion solle durch die

(1) L. 8. §. 1. C.

(2) L. 12. C. de long. temp. pr.

(3) L. un. C. de usuc. transform.

erhobene Klage gleichfalls unterbrochen werden (1). 4) Die Usucapion solle gegen keinen Minderjährigen und Unmündigen laufen (2). II.) In Betreff der praescriptio longissimi temporis (§. 13.) verordnete er, der Besitzer im guten Glauben solle den erworbenen ruhigen Besitz auch durch eine Klage schützen können (3). Dadurch ward denn in diesem Fall die praescr. longiss. temp. eine erwerbende. Hieraus erhellet nun 1) die usucapio und pr. longi temporis des Eigenthums sind ganz gleich gemacht, denn man soll ja auch die Sachen usucapiren können, welche man vorhin nur durch Präscription erwarb. 2) Daß die praescriptio longissimi temporis und die Verjährung der Servituten eine usucapio seyn solle, hat Justinian freylich nirgend gesagt, und deswegen behaupten denn viele, daß der wesentliche Unterschied zwischen usucapio und praescriptio nicht aufgehoben sey. Wer nämlich eine Sache usucapirt habe, könne sie rei vindicatione directa vindiziren; wer hingegen durch praescriptio ein dingliches Recht erwerbe, könne dasselbe nur rei vindicatione utili schützen. — Da aber die erwerbende Präsciption nichts anders, als ein dominium bonitarium ertheilte, und da Justinian dieß überall in ein dominium quirita-

(1) L. 2. 3. C. de annal. except.

(2) L. 5. C. in quib. causs. in integr. rest.

(3) L. 8. §. 1. C. de praescr. 30 ann.

nium verwandelt hat: so fällt der wesentliche Unterschied zwischen beyden jetzt weg (1). Was also übrig bleibt, ist, daß man nicht usucapio longissimi temporis oder servitutis sagt, und daß sonst in andern Punkten die einzelnen Arten der praescriptio (aber nicht weil sie praescriptiones sind) ihre besondern Erfordernisse haben.

§. 15.

Die bisher erwähnten und alle andere unter diesem Namen im Röm. Recht vorkommenden Arten der Verjährung werden binnen bestimmten Fristen vollendet. Außer denselben gibt es noch ein eignes Institut, welches nicht an bestimmte Jahre gebunden ist, nämlich die jetzt sogenannte praescriptio immemorialis. Man nennt die letzte praescriptio indefinita, und im Gegensatz derselben jene ersten Arten praescriptio definita.

(1) Vergl. L. 15. §. 1. de condict. indeb. Tit. D. de diverf. tempor. praescr. L. 7. C. de long. temp. praescr. mit Theophil. paraphr. ad §. 40. J. de rer. diverf. L. un. C. de nudo iure quir. toll. L. un. princ. C. de usuc. transf.

Erste Abtheilung.

Ueber die Praescriptio definita.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Grundsätze über die Erfordernisse aller Arten der bestimmten Verjährung.

§. 16.

Wenn überhaupt eine Verjährung Statt finden soll, so muß I.) während der Verjährungszeit der Erwerbende sich fortwährend in dem factischen Zustande befinden, auf welchen ihm die Verjährung ein Recht ertheilen soll; der Verlierende hingegen muß fortwährend von seinem Recht keinen Gebrauch machen. Es muß also 1) bey der er-

werbenden Verjährung, z. B. des Eigenthums und der Servituten, eine ununterbrochene possessio oder quasi possessio Statt finden ([1]), und zwar muß man aus eben dem Grunde besitzen, welcher durch die Verjährung rechtlich werden soll ([2]). Auch muß man bestimmte und nicht bloß ungewisse Theile besitzen ([3]), so wie, wenn ein Inbegriff von Sachen nicht physisch cohärirt, jedes einzelne Stück desselben ([4]). 2) Der Verlierende muß fortwährend von seinem Recht keinen Gebrauch machen. Eine Servitut wird also z. B. nicht verloren, wenn sie noch in irgend einem Betracht ausgeübt ist ([5]). Bloß der ususfructus hat das besondere, daß der Usufructuar allein den ausgeübten Theil desselben behält, die andern Theile aber verliert ([6]). Klagen hingegen werden nicht präscribirt, wenn der, welcher sie anzustellen hat, die einzuklagende Sache ohne Verbrechen in seine

(1) L. 25. de usuc. L. 20 — 25. quem serv. am. Rave §. 67. 68.

(2) L. 1. C. comm. de usuc. L. 3. §. 23. de acqu. vel am. poss. L. 5. C. in quib. causs. cess. l. t. pr. L. 2. C. de praescr. 30 vel 40 ann.

(3) L. 26. de acqu. vel am. poss. L. 4. pro emt.

(4) L. 23. §. 2. L. 30. §. 2. h. t.

(5) L. 18. de S.P. R. L. 9. §. 1. si serv. vind. L. 2. quem serv. am.

(6) L. 14. 20. 25. quib. mod. ususfr. am. Rave §. 105. 106.

Gewahrsam bringt und sie darin erhält, oder wenn der Verpflichtete auf irgend eine Weise durch Thaten seine Verbindlichkeit anerkennt (1).

§. 17.

Eine Unterbrechung des Besitzes und damit die Verjährung (usurpatio) geschieht a) durch litis contestatio, oder, wenn der Gegner abwesend ist, durch eine bey den weltlichen oder geistlichen Obern eingelegte Protestation (2). Jedoch unterbricht diese sogenannte interruptio civilis die noch nicht vollendete Verjährung nur insofern, als der Kläger siegt, oder den Proceß liegen läßt, nicht insofern der beklagte Besitzer gewinnt (3). Gegenwärtig vertritt indeß in Praxi schon die Citation die Stelle der litis contestatio, sogar das vergebliche Bemühen, die Citation auszubringen (4). Im peinlichen Proceß und zwar a) im Anklage-Proceß unterbricht die Citation die Verjährung, b) im inquisitorischen ist es streitig, ob schon die General-, oder erst die Special-Inquisition interrumpirt, c) im Bann-Proceß hat die Edictal-Citation diese Wirkung (5). b) Dadurch

(1) L. 7. §. 5. 6. L. 8. §. 4. C. de praescr. 30 ann.

(2) L. 26. C. de R. V. L. 2. C. de annal. exc.

(3) Höpfner §. 397.

(4) Höpfner a. a. O. Hofacker §. 876.

(5) Rave §. 162. Müller ad Leyser obs. 854. Feuerbach Lehrbuch des peinl. Rechts §. 75.

daß der bisher Statt gefundene Besitzstand ganz aufhört, also A) wenn der Erwerbende, welcher bisher in vera oder quasi in possessione war, denselben aufgibt, oder daraus verdrängt wird, oder ihn sonst verliert (interruptio naturalis) ([1]). In welchen Fällen übrigens der Besitz rechtlich verloren oder erhalten wird, muß in der Lehre vom Besitz gezeigt werden. B) Wenn der Verlierende etwas von dem thut, was §. 16. nr. 2. angegeben ist. c) In Deutschland ist die Pfändung, welche zum Zweck der Schützung des Besitzes geschieht, noch ein besonderes Mittel der Interruption ([2]).

§. 18.

Uebrigens ist der Besitz dadurch nicht als unterbrochen, sondern vielmehr als fortwährend anzusehen, wenn mehrere Besitzer auf einander folgen ([3]). Nur muß der Besitz ununterbrochen aus einer Hand in die andre gehen. Ist er vorher interrumpirt, so nützt dem Nachfolger der Besitz des Vorgängers nicht. Davon ist L. 32. §. 1. de S. P. U. zu verstehen, worüber andre so viel gestritten haben ([4]).

(1) L. 5. L. 23. §. 5. h. t. L. 5. pro donat L. 6. pro emt.

(2) Rave §. 74.

(3) L. 18. §. 1. quem. serv. am. L. 14. §. 1. de divers. temp. pr.

(4) Rave §. 115. Schol. Gros B. 61. 62.

§. 19.

II.) Gehört zu jeder bestimmten Verjährung der Ablauf einer gewissen Zeit. Diese ist nach den Arten verschieden. Hier ist nur zu bemerken, daß diese Zeit überhaupt ein tempus continuum ist, welches bey der erlöschenden Verjährung bis auf die Minute vollendet seyn muß, bey der erwerbenden aber nur bis auf den vorletzten Kalendertag ([1]). Bloß die Tage, da er rechtlich unmöglich war, seine Ansprüche geltend zu machen, werden abgerechnet ([2]).

§. 20.

III.) Ein drittes allgemeines Requisit ist jetzt der gute Glaube dessen, welcher erwerben will. Nach Röm. Recht ist die bona fides nicht bey allen Arten der Verjährung erforderlich, z. B nicht bey der Verjährung der Klagen ([3]), und selbst bey der erwerbenden Verjährung wird sie nur im Anfange des Besitzes, keineswegs aber im Lauf desselben gefordert ([4]). Bey dem Kauf mußte nach der am beliebtesten Meynung der Sabinianer der

(1) L. 6. L. 7. L. 31. h. t. L. 15. pr. de diverſ. temp. pr. L. 6. de O. et A. Koch Belehrungen über die Mündigkeit zum Testiren S. 90. fgg.

(2) S. unten §. 24.

(3) L. 8. C. de pr. 30. ann.

(4) L. 2. §. 13. L. 7. §. 4. pro emt. L. 15. §. 2. h. t.

Käufer nicht bloß bey der Tradition, sondern auch bey Schließung des Handels in bona fide seyn ([1]). Allein nach der bestimmten Vorschrift des kanonischen Rechts ([2]) muß der Erwerbende die ganze Besitzzeit in bona fide seyn, und die mala fides, welche auch durch außergerichtliche Interpellation bewirkt werden kann, hebt jede Verjährung auf ([3]); doch läßt sich nicht behaupten, daß eine schon in bona fide vollendete Verjährung durch mala fides superveniens rescindirt werde ([4]).

§. 21.

Noch ist über diese bona und mala fides zu bemerken, daß dem Principal die mala fides dessen, welcher für ihn den Besitz ergreift, schadet, daß ihm hingegen die bona fides desselben nicht nutzt, wenn er selbst in mala fide ist ([5]). Fol-

(1) L. 10. pr. L. 15. §. 3. L. 44. §. 1. L. 48. h. t. L. 2. pro emt.

(2) Cap. ult. X. de praescr.

(3) Höpfner §. 397. not. b. §. 1182. Hofacker §. 870.

(4) Müller ad L. Obs. 726. Gilkenius P. II. c. ult. Bey den Verjährungsarten, wodurch man bloß wegen der Nachlässigkeit eines andern gewinnt, z. B. dem Verlust einer Servitut durch Nichtgebrauch bedarf es keiner Untersuchung über den bösen Glauben, weil dieser hier undenkbar ist. Rave §. 91.

(5) L. 43. §. 1. h. t. L. 2. §. 10 12. 13. pro emt.

gegen sich mehrere im Besitz, so schadet dem successor singularis die mala fides seines Vorgängers nicht, wenn er selbst in bona fide ist, und er kann dann selbst eine Verjährung anfangen. Die bona fides des Vorgängers nutzt ihm aber dagegen auch nicht, wenn er selbst in mala fide ist (1). Mit dem successor universalis (sofern er nicht aus einem neuen speciellen Grunde den Besitz erhält) verhält es sich anders, indem demselben die mala fides seines Vorgängers nachtheilig wird, wenn er auch selbst in bona fide ist, so wie ihm, wenigstens nach Röm. Recht, seine eigne mala fides nicht schadet, wenn der Vorgänger in bona fide war (2). Es gibt indeß manche, welche vermöge der zu diesem Zweck freylich sehr gewaltsam benutzten L. ult. C. de usuc. pro herede behaupten, die mala fides des Erblassers schade dem Erben wenigstens in dem Fall nicht, wenn der erste einen justus titulus gehabt habe (3). Nach kanonischem Recht muß der Erbe natürlich stets in bona fide seyn (4).

(1) L. 2. §. 17. pro emt. L. 5. pr. de diverſ. temp. praeſcr. L. 4. C. de R. V.

(2) §. 12. J. de uſuc. L. 2. §. 19. pro emt. L. 11. de diverſ. temp. praeſcr.

(3) Schmidt l. c. opuſc. 1. §. 36. 39.

(4) Leyſer Sp. 455. m. 12. 13.

§. 22.

IV.) Ein ferneres allgemeines Erforderniß ist eine verjährungsfähige Sache. Aller Verjährung unfähig sind (1): a) alle, sowohl weltlichen als geistlichen Hoheitsrechte, welche dem Regenten als solchem gegen die Unterthanen zustehen (2), jedoch nur so lange, als sie nicht einem Unterthan eigen-

(1) Viele sagen mit Höpfner §. 400. zu den unverjährbaren Sachen müsse man auch die res merae facultatis zählen. Was unter diesem Ausdrucke bestimmt zu verstehen sey, und warum grade dieß? wissen die Neueren selten eigentlich anzugeben. Vergl. z. B. Glücks Comment. 1. B. §. 15. Müller ad L. Obs. 740—747. Was die Erfinder des Worts dabey dachten, entscheidet hier alles. Diesen gab L. 2. de via publica zu jenem Kunstausdruck Veranlassung, und sie verstanden danach im Ganzen unter rebus merae facultatis Handlungen, welche man unterlassen kann, ohne bloß dadurch das Recht auf dieselben zu verlieren, oder, welche man thun kann, ohne bloß dadurch zu ihrer fernern Ausübung gezwungen zu seyn. Daß nun aber bey diesen rebus merae facultatis, wenn ein andrer sich einen Besitzzustand und Zwangsrechte anmaßt, allerdings eine Verjährung Statt finden könne, ist allgemein zugestanden. Mevius P. 1. Dec. 60. Pufendorf T. III. Obs. 60. Es ist also ganz falsch, wenn man die res merae facultatis, besonders in der Lehre von der praescriptio acquisativa, für unverjährbar erklärt.

(2) L. 6. C. de praescr. 30. ann. L. 7. C. de fund. patr.

thümlich eingeräumt sind ([1]). Ob die Reichsstände in Deutschland im Verhältniß zu einander nach den Grundsätzen zu beurtheilen sind, welche Statt finden, wenn ein Unterthan gegen einen Unterthanen verjährt, ist streitig ([2]). 2) Alle Sachen, deren Erwerbung und Veräußerung absolut verbietenden Gesetzen zuwider, und der Willkühr der Unterthanen schlechthin entzogen ist ([3]). Dahin gehören namentlich res sacrae, religiosae, und die existirende Freyheit eines Menschen ([4]), so wie nach Kanonischem Recht die Parochial-Grenzen ([5]), und, wenn ein Laye erwerben will, die Kirchenzehnten ([6]), welches jedoch unter den Protestanten nicht gelten sollte ([7]). d) Nach deutschem Wortverstande geraubte und gestohlene Sachen, d. h.

(1) J. H. Boehmer de praescript. contra LL. maxime prohibitio §. 13. not. X.

(2) Rave §. 14. pr. S. et ibi Eichmann. not. 5.

(3) c. 8. X. de consangu. et affin. Boehmer l. c. §. 12.

(4) §. 1. I. h. t. L. 3. C. de long. t. pr. quae pro libert.

(5) Cap. 4. X. de parochiis. J. H. Boehmer ius par. S. III. c. 3. §. 13.

(6) Cap. 7. X. de praescr.

(7) Boehmer ius eccl. prot. L. 2. T. 26. §. 3. Rave §. 49. 50. Schnaubert Erl. d. Lehnr. S. 240.

bewegliche mit Gewalt oder heimlich vermittelst einer Besitzergreifung entwandte Sachen. Bey den Römern war bloß die Usucapion der gestohlenen Sachen durch die XII Tafeln und die L. Atinia ([1]) und der gewaltsam in Besitz genommenen durch die Lex Julia et Plautia verboten ([2]); doch war der Begriff der gestohlenen Sachen bey den Römern weiter als bey uns, indem sie eine bewegliche von dem Nichteigenthümer ([3]) dolose veräußerte Sache auch dahin zählen ([4]), so wie der Begriff der gewaltsam in Besitz genommenen Sachen, welcher die unter dem deutschen Ausdruck: rauben, nicht enthaltenen Immobilien gleichfalls mit befaßt ([5]). Allein nach der Carolina ist die Verjährung der im deutschen Sinn geraubten und gestohlenen Sachen überhaupt verboten ([6]), da die Worte dersel-

(1) §. 2. J. de usuc. L. 4. §. 6. h. t. Pulvaeus ad L. Atiniam (Otto Th. Vol. IV.).

(2) §. 2. 5. I. L. 33. §. 2. h. t.

(3) Ob der Diebstahl oder dolose Verkauf des Eigenthümers die Sache zu einer res furtiva macht, darüber widerstreiten sich L. 4. §. 21. de usurp. L. 6. C. de usuc. pro emt. Westphal §. 703. 4.

( ) §. 2—7. I. L. 36. pr. §. 1. h. t.

(5) L. 4. § 22. 23. 24. 25. L. 33. §. 2. de usurp.

(6) C. c. c. Art. 209. S. F. de Boehmer ad Art. cit. §. 1.

ben allgemein sind, und nicht, wie einige (1) wollen, bloß von der pr. longi temporis verstanden werden können. Indeß dauert die absolute oder relative Unverjährbarkeit dieser Sachen nur so lange, als das vitium derselben. Dieß wird gehoben, wenn die Sache in die Gewalt des Eigenthümers und Pfandgläubigers (nicht der natürlichen Besitzer) rechtmäßig zurückkehrt (2); wenn der gewaltsame Besitzer und Dieb Eigenthümer der Sache wird (3); oder die Sache eine das Eigenthum vernichtende Specification erleidet (4).

§. 23.

Die von einem Besitzer in gutem Glauben von einer unverjährbaren Sache gezogenen Früchte können inzwischen binnen der gewöhnlichen Zeit verjährt werden (5). Nur in Betreff des Sklavenkindes und der Fragen, ob dasselbe, wenn es bey dem Besitzer in gutem Glauben concipirt ist, dennoch als gestohlene Sache

(1) z. B. Leyser Sp. 457. m. 8. Ludovici und Kress ad Art. cit.

(2) L. 4. §. 6. 7. 11. 20. L. 49. h. t. jedoch unter mancherley Beschränkungen, worüber Westphal §. 417—29. nachzusehen ist.

(3) L. 32. pr. L. 42. h. t.

(4) Zwar nicht nach L. 4. §. 20. h. t., aber gewiß nach §. 25. I. de rer. divis. Westphal §. 730.

(5) L. 48. de A. R. D.

zu betrachten sey, oder nicht? ob im letzten Fall nicht wenigstens der successor universalis von der Usucapion ausgeschlossen? und ob auch im Augenblick der Geburt guter Glaube nothwendig sey? widerstreiten sich die Gesetze (1); doch ist viel zu ihrer Vereinigung geschrieben (2).

§. 24.

V.) Endlich ist zu jeder Verjährung erforderlich, daß es dem Verlierenden rechtlich möglich war, seine Ansprüche geltend zu machen. So lange diese rechtliche Unmöglichkeit Statt findet, läuft die Verjährung nicht (praescriptio dormiens) (3); doch wird, wenn das rechtliche Hinderniß wegfällt, die schon abgelaufene mit der ferneren Verjährungszeit zusammengerechnet (4). Aus diesem Grunde läuft 1) die Verjährung nicht, so lange keine Gerichte im Staat existiren (5). 2) Aus eben dem Grunde werden vom Vater veräußerte res adventitiae der Söhne, so lange die väterliche Gewalt dauert, nicht ver-

(1) L. 4. §. 15. 16. 17. L. 10. §. 2. L. 33. pr. L. 44. §. 2. h. t. L. 10. pro emt. L. 4. pr. pro suo.

(2) Hofacker §. 968. Westphal §. 707 — 711.

(3) L. 7. §. 4. C. de praescr. 30. ann.

(4) Cap. 14. 15. X. de praescr.

(5) Hellfeld §. 1767. not. X. Müller ad Leyser Obs. 749. 750.

jährt ([1]), so wie 3) die Dotal-Sachen während der Ehe, wenn nicht die Verjährung derselben schon früher, als sie dem Mann eingegeben wurden, angefangen hatte ([2]). Manche ([3]) setzen die pona dotalia der Kirchen dem Brautschatz gleich; allein ohne hinlänglichen Grund ([4]). Wird dagegen Jemand bloß durch physische Hindernisse abgehalten, sein Recht zu verfolgen; so läuft die Verjährung; doch wird in vielen Fällen Restitution ertheilt ([5]).

(1) L. 1. §. 2. C. de annal. except.

(2) L. 16. de fundo dotal.

(3) Z. B. Boehmer J. E. P. L. II. T. 26. §. 26.

(4) Rave §. 27. S. 42 — 44.

(5) Davon s. unten §. 64. fgg.

Zweyter Abschnitt.

Erfordernisse der einzelnen Arten der Verjährung.

Erstes Kapitel.

Erfordernisse der einzelnen Arten der erwerbenden Verjährung (1).

§. 25.

Die erste Art derselben ist die Verjährung des Eigenthums. Sehr leicht ist es, diese Materie zu begreifen, und den, von manchen

(1) Allgemeine Erfordernisse aller Arten der erwerbenden Verjährung gibt es, außer den bereits angeführten Erfordernissen jeder Verjährung, nicht, das einzige ausgenommen, daß die Person, welche durch Verjährung erwerben will, das commercium

übersehenen eigentlichen Mechanismus derselben zu fassen, wenn man nur folgenden Gesichtspunkt annimmt. Nach dem älteren Recht gab es außer der usucapio und praescriptio longi temporis gar keine Verjährung. Fanden die gesetzlichen Erfordernisse jener Verjährungsarten nicht Statt, so konnte die Sache von dem Besitzer immer vindicirt werden. Nun aber setzten Theodosius und Anastasius fest, jeder solle seine Klage binnen 30 oder 40 Jahren anstellen (§. 13). Dieß hatte denn zur Folge, daß man, wenigstens den ruhigen Besitz aller Sachen, deren Verjährung überhaupt nicht untersagt war, auch alsdann erwerben konnte, wenn die Erfordernisse der usucapio und praescriptio longi temporis nicht Statt fanden. Man muß also zuerst die Requisite dieser ältern Verjährungsarten kennen lernen. Weiß man diese, so sagt man weiter: wenn eines dieser Requisite fehlt, und nur überhaupt die §. 16 — 24. angegebenen Erfordernisse vorhanden sind: so wird die Sache binnen 30 oder 40 Jahren verjährt, je nachdem der, gegen den verjährt werden soll, seine Klage binnen 30 oder 40 Jahren anstellen muß.

iuris civilis haben muß. Sklaven, Deportirte und Fremde, wenn den letzten nicht das commercium iuris civilis gegeben ist, erwerben also nicht durch Verjährung. L. 4. §. 4. L. 44. §. ult. h. t. L. 118. de R. I. L. 17. §. 1. de poen Cicero de offic. L. 1. c. 12. Merillius Obs. L. 1. c. 17. In Deutschland ist davon kein Gebrauch zu machen.

§. 26.

I.) Die Erfordernisse der usucapio und praescriptio longi temporis bestehen in folgenden: 1) der Besitzer muß einen gerechten Titel haben (1), d. h. die Sache muß aus einem unbedingten (2), die Uebertragung des zu verjährenden Rechts bezweckenden (3) Rechtsgrunde geschehen seyn, und zwar einem solchen, welcher den neuen Besitzer zum wahren Eigenthümer würde gemacht haben, wenn der, von dem er die Sache erhielt, wahrer Eigenthümer gewesen wäre (4). Aus dem letzten Grunde verjährt der Sohn in den Fällen, da die Schenkung zwischen ihm und dem Vater ungültig ist, die ihm von dem letzten geschenkte Sache nicht (5), und aus eben dem Grunde gibt die Schenkung zwischen Ehegatten keinen gültigen Titel, sofern nicht etwa der Schenkende nicht ärmer geworden seyn sollte; wohin denn auch der Fall gehört, wenn er die Sache selbst nicht in con-

(1) L. 24. C. de R. V.

(2) L. 2. §. 2—5. pro emt. Cocceii jus contr. Tit. de contr. emt. qu. 29.

(3) L. 1. C. in quib. causs. cess.

(4) L. 8. C. de praescr. l. t. L. 1. C. de praescr. 30 ann.

(5) L. 1. §. 4. pro donat. L. 2. §. 1. pro hered.

ditione usucapiendi besaß (1). Ist die Uebertragung unter dem Vorbehalt des Widerrufs geschehen, so ertheilt sie nur einen Titel gegen den Dritten (2).

§. 27.

Die einzelnen Titel sind so mannigfaltig als überhaupt die Gründe, welche den Uebergang des Eigenthums bewirken (3). Nur einige derselben verdienen hier namhaft gemacht zu werden. Dahin gehört a) der Kauf. Wenn nämlich Jemand gültig und unbedingt gekauft hat, so verjährt er die Sache pro emtore, selbst wenn von ihm der

(1) L. 1. §. 2. L. 3. pro donat. L. 25. de donat. int. V. et U. G. L. Menken de donat. int. V. et U. non ipso iure nullis. Helmst. 1752. §. 20. Ganz falsch ist es, wenn manche, wie z. B. Hellfeld §. 1257. behaupten, die Schenkung des Ehegatten ertheile stets einen iustus titulus, weil der Schenkende dadurch, daß er eine res aliena weggebe, nicht ärmer werde. Allein wenn er sie in conditione usucapiendi besaß, so hatte er allerdings viel zu verlieren, weil ihm ein prätorisches Eigenthum zustand. Etwas besser ist es, wenn Westphal §. 624. 639. behauptet, eine solche Schenkung ertheile einen Titel gegen den Dritten, nicht aber gegen den Schenker. Indeß ist der Knoten dadurch auch unjuristisch genug zerhauen.

(2) L. 13. pr. de donat. mort. causs.

(3) Vergl. überh. Maiansius de Tit. pro donat. derelicto, legato, pro dote et pro suo; in Disp. Vol. II.

Preis nicht bezahlt ist (1). b) Das Vermächtniß, welches dann die Usucapion begründet, wenn die legirte Sache dem Erblasser nicht gehörte, oder wenn, ohne Wissen des Legatars, das Legat nicht ganz gültig war (2). c) Die Dereliction einer Sache von Seiten des Nichteigenthümers (3). d) Die Bestellung eines Heurathsguts. Diese gibt nicht allein dem wahren Ehemann das Recht, pro dote zu usucapiren, sondern auch dem Bräutigam, jedoch dem letzten alsdann nicht, wenn die Braut ihm zu erkennen gab, daß er das Eigenthum nicht vor eingegangener Ehe haben solle, oder wenn ihm die dos aestimata übergeben ward (4). In Betreff der putativen Ehe sind die Gesetze, wenigstens scheinbar, widerstreitend (5).

(1) Tit. II. pro emt. L. 8. de public. in rem. act. Voet Tit. pro emt. n. 1. Diffent. Hofacker §. 970.

(2) L. 4. L. 6. L. 9. pro legato.

(3) L. 4. 6. 7. pro derelicto.

(4) L. 1. §. 2. L. 2. pro dote. Chesii interpr. L. II. c. 26. (iurispr. Rom. et Att. T. II. p. 484. fgg.)

(5) L. 1. §. 4. eod. L. 67. de iure dot. In dem ersten Gesetz wird gesagt, der putative Ehemann könne nicht pro dote usucapiren; in dem letzten hingegen kommt ein Fall vor, da ihm die Usucapion gestattet wird. Man kann hier entweder mit Voet. Tit. pro dote n. 1. annehmen, daß das erste Gesetz vom titulo pro dote handelt, und den Titulus pro

c) Das wirkliche oder putative Erbrecht. Dieser Titel existirt wirklich, nur ist es streitig, was eigentlich usucapio pro herede et pro possessore sey? Nach der richtigern Meynung wird eine Sache alsdann unter diesem Titel verjährt, wenn ein wirklicher oder vermeintlicher Erbe (1) eine vom Erblasser nicht in mala fide besessene, mit keinem Fehler behaftete Sache, in dem guten Glauben, daß sie dem Erblasser gehört habe, besitzt (2).

suo nicht ausschließt, welcher im zweyten angenommen wird; oder mit Westphal § 653, daß das erste eine Rechtswissenschaft voraussetzt.

(1) L. 11. de hered. pet. L. 33. § 1. de usurp.

(2) L. 33. §. 1. de usurp. L. 11. de diverf. tempor. praescr. Die sehr unbestimmten, und, als Decrete und Rescripte, wenig Schwierigkeit machenden L. 1. L. 4. C. de usuc. pro hered. haben hierin nichts geändert, besonders wenn man noch L. 2. 3. C. eod. zuzieht. Voet Tit. pro hered. n. 1. J. G. Brückmann de eo quod iust. est in usuc. circa Tit. pro hered. §. 4. sqq. Westphal §. 660—70. Abweichende Theorien s. bey Branchu Obs. c. 20. Toullieu collet. Diss. 16. 17. Siegel de rer. hered. usuc. Lips. 1736. Sonderbar ist es, daß nach L. 2. C. de usuc. pro her. keine usuc. pro her. Statt finden soll, wenn sui heredes da sind; aber noch sonderbarer ist es, wenn viele z. B. Wesembec. Parat. T. pro her. n. 3. daraus den Satz herleiten, ein sui heres könne auch selbst nicht pro herede usucapiren. Struv Ex. 43. Th. 33. Westphal §. 667.

§. 28.

Hat der Besitzer einen Titel, welcher nicht durch einen einfachen Kunstausdruck bezeichnet werden kann; oder besitzt er ohne allen Rechtsgrund, jedoch so, daß ihm deswegen die Verjährung nicht versagt wird, so nennt man dieß eine usucapio pro suo ([1]). In der Regel gehört freylich zur Verjährung die wirkliche Existenz, nicht der bloße Glaube der Existenz eines Titels ([2]). Wenn indeß der Glaube auf einem entschuldbaren Irrthum beruht, so wird es angesehen, als ob der Titel wirklich existire ([3]). Nur darüber widerstreiten sich die Gesetze gradezu, ob auch dem Käufer ein entschuldbarer Irrthum nutze, oder ob er, (da in Rücksicht seiner bona fides auch singulaire Grundsätze (§. 20.) Statt finden), die Sache wirklich gekauft haben müsse ([4])?

(1) Tit. ff. pro suo.

(2) §. 11. J. de usuc. L. 27. D. eod. L. 1. pr. L. 2. L. 3. pro donat. L. 5. C. de praescr. l. t.

(3) Diese Einschränkung jener Regel enthalten L. 31. pr. de usurp. L. 2. §. 15. pro emt. L. 5. §. 1. pro suo. Meister de errore circa tit. ejusque effect. (op. n. 3.) Westphal §. 675 — 83. Müller ad Leyser Obs. 723. Abweichend zum Theil ist Branchu Obs. c. 19.

(4) L. 5. §. 1. pro suo. vergl. mit L. 48. de usurp. L. 2. §. 6. pro emt. Westphal §. 684.

§. 29.

Damit eine Sache binnen langer Zeit verjährt werden könne, muß ferner 2) die Sache dieser Verjährungsart fähig seyn. Zu den nicht fähigen Sachen (rebus non usucabilibus, wie die Alten sagen) gehören, jedoch mit Ausnahme der von denselben in gutem Glauben gezogenen Früchte ([1]), nach heutigem Recht: a) Die vom Regenten besessenen Staats-, so wie dessen Privat-Güter (res fiscales und res patrimoniales principis), welche nur binnen 40 Jahren verjährt werden können ([2]). Manche wollen indeß jetzt die Privat-Güter der Territorial-Regenten in Deutschland nicht nach diesen Grundsätzen beurtheilt wissen ([3]); welches sich jedoch wohl nur vertheidigen läßt, wenn ein Territorial-Regent gegen den andern verjährt. b) Unbewegliche Sachen der Kirchen und milden Stiftungen, und alle Sachen der Römischen Kirche. Im Codex ertheilte Justinian, wie erzählt wird, durch Bestechungen der Emesinischen Kirche verleitet, den orientalischen Kirchen das Vorrecht der hundertjährigen Präscription, jedoch nicht überhaupt, sondern bloß

(1) Nach dem, was §. 23. gesagt ist.

(2) L. 6. C. de jure fisci L. 14. C. de fundo patrim. Leyser Sp. 458.

(3) Müller ad Leyser Obs. 730.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

in Ansehung der von denselben einzuklagenden, bisher von ihnen noch nicht besessenen Sachen ([1]). In der Folge dehnte Justinian diese Verordnung auf die occidentalischen Kirchen aus ([2]), schrieb aber bald darauf in zwey Novellen vor, daß den Kirchen und milden Stiftungen nicht weiter die hundertjährige, sondern die vierzigjährige Präscription zustehen solle, jedoch diese in allen Fällen, wo ehemals die 10, 20, oder 30 jährige Präscription Statt gefunden habe ([3]). Die beweglichen Sachen der Kirchen werden also nach gemeinen Grundsätzen verjährt ([4]). Beyde Novellen sind indeß nur für den Orient erlassen, und das Privilegium der hundertjährigen Präscription ist also den Kirchen des Occidents im Römischen Recht eigentlich nicht wieder genommen. Allein man befolgte die Novellen späterhin auch im Occident, selbst mit Billigung der Päpste. Nur der Römischen Kirche legten die Päpste, und zwar in allen Fällen, das Vorrecht der hundertjährigen Präscription bey ([5]). c) Die Sachen der

(1) L. 23. C. de SS. eccles.

(2) Nov. 9.

(3) Nov. 111. Nov. 131. c. 6.

(4) Westphal §. 770. Dissent. Ravo S. 45. nr. 4.

(5) Aus diesen, nachmals in den Decretalen, z. B. L. 13. 14. 17. X. de praescr. c. 2. eod. in 6. so oft wiederholten Grundsätzen ist denn offenbar die

Städte werden nach der Praxis nicht binnen ordentlicher Zeit, sondern, wie die Sachen der Kirchen, binnen 40 Jahren durch Verjährung erworben (1). Dieß ist aber falsch, da sie gar nicht privilegirt sind. Nach dem Recht der Pandekten wurden die Sachen der Städte zwar nicht in 2 Jahren usucapirt, aber wohl in ordentlicher Zeit durch Präscription erworben (2). Nachdem die Usucapion der Präscription gleichgestellt war, hatten also die Städte kein Privilegium. In dem Gesetz, worin Justinian den orientalischen Kirchen in gewissen Fällen die hundertjährige Präscription gestattete, räumte er den orientalischen Städten dasselbe Privilegium ein. Bey der Ausdehnung dieser Vorschrift auf die occidentalischen Kirchen wurden die occidentalischen Städte gar nicht genannt. Diese haben also nie ein Privilegium erhalten. Als Justinian in der Folge den orientalischen Kirchen die hundertjährige Verjährung nahm, wurde den Städten zugleich ihr voriges

Auth. quas actiones C. de SS. eccleſ. geflossen. Vergl. überh. Bach D. de praeſcr. 100. ann. in act. eccleſ. Rom. Lipſ. 1750 (auch in opuſc. n. 3.) Voorda interpr. et emend. L. 3. c. 11. Westphal §. 765—773. Müller ad Leyſer Obſ. 732.

(1) Cramer Obſ. jur. univ. T. 4. p. 354. Hofacker T. 11. §. 979.

(2) L. 9. de uſurp. Pand. Sent. rec. L. 5. T. 2. §. 4. 5. L. 13. §. 1. de diverſ. temp. praeſcr.

Privilegium genommen, ohne ihnen ein neues zu geben (1). Sie sind also ganz in ihren alten Stand gesetzt. Indeß gibt es viele, welche, nach Analogie der Kirchen, den Städten die vierzigjährige, andre welche ihnen überhaupt die dreyßigjährige, und noch andre, welche ihnen sogar die hundertjährige Präscription beylegen (2). d) Sachen, über welche ein Proceß angefangen aber liegen geblieben ist. Diese werden, von dem letzten gerichtlichen Act an gerechnet, erst binnen 40 Jahren verjährt (3); jedoch gilt dieser Satz nur insofern, als der Beklagte gegen den Kläger verjähren will, nicht wenn ein andrer nach dem Beklagten in den Besitz kommt, oder wenn von der Verjährung des Beklagten gegen einen Dritten die Rede ist (4). Im peinlichen Proceß findet dasselbe Statt, wenn nicht etwa dem Beklagten, weil er in bösem Glauben eine unaufgefordert zu leistende Verbindlichkeit nicht erfüllte, nach Grundsätzen des Kanoni-

(1) Wie die Worte: salva circa indulgemus in Nov. 111. deutlich zeigen. Westphal §. 771.

(2) Vergl. C. G. Groening (Pr. Koch) flores spars. ad praescr. contr. civit. Giess. 1775. Schott inst. jur. civ. de praescr. contr. civit. Lips. 1774. Leyser Sp. 459. m. 8. 9. Müller ad Leyser Obs. 733. Gros a. a. O. S. 87—94.

(3) L. 9. C. de praescr. 30. ann.

(4) L. 1. C. de praescr. l. temp. Westphal §. 559.

schen Rechts die Wohlthat der Präscription ganz zu versagen ist ([1]). e) Sachen der Pupillen. Gegen diese läuft gleichfalls nur die vierzigjährige Präscription. Daß man Pupillengüter gar nicht verjähren könne, wie die mehrsten sagen ([2]), ist eine offenbar ganz falsche Behauptung ([3]); so wie es offenbar wider die angeführten Gesetze ist, wenn manche den beweglichen Gütern der Pupillen jenes Privilegium absprechen ([4]).

§. 30.

Außer den bisher angeführten, sind noch ferner der praescriptio longi temporis unfähig:

(1) Rave §. 152. Müller ad Leyser Obs. 854. Feuerbach Lehrb. des peinl. Rechts §. 75.

(2) Z. B. Müller ad Leyser Obs. 748. Höpfner §. 400. Hofacker T. II. §. 968. 78. 79.

(3) Wie aus der Vergleichung der L. 3. C. de praescr. 30. annor. mit L. 4. eod. und L. ult. C. in quib. causs. in int. rest. non est nec. erhellet. Westphal §. 832. Die Sache ist wichtig: z. B. ich erhalte 1750 die unbewegliche Sache eines damals einjährigen Pupillen. Läßt man hier gleich die 40jährige Präscription laufen, so erwerbe ich durch Verjährung offenbar 3 Jahre früher, als wenn es Regel wäre, daß gegen den Pupillen keine, gegen den Curanden aber die 30jährige Präscription laufe.

(4) Wie z. B. Cuiac. Obs. L. 24. c. 14. vergl. Gros S. 49. 50.

f) Die Sachen der Minderjährigen (1). g) Sachen, deren Veräußerung im Testament untersagt ist, welchen die mehrsten den nach Vorschrift der Gesetze nicht zu veräußernden Sachen gleichstellen (2). h) Alle, im Sinn des Römischen, nicht aber im Sinn des Deutschen Rechts, gewaltsam in Besitz genommene und gestohlene Sachen (3). i) Sachen, welche ein Besitzer im bösen Glauben ohne Wissen des Eigenthümers veräußert (4). Dieser Satz enthält jedoch nur in Rücksicht der unbeweglichen Sachen eine neue Bestimmung; denn die beweglichen stehen bey jener Voraussetzung schon unter dem Begriff der gestohlenen Sachen. k) Die vom Vater ungültig veräußerten res adventitiae der Söhne, nach Aufhe-

(1) L. 5. C. in quib. cauff. rest. in int.

(2) L. 2. C. de usuc. pro hered. Rave §. 21.

(3) Der Beweis liegt in §. 22. nr. 3. Eine ganz sonderbare Idee ist es, wenn Rave §. 53. meynt, Stehlen setze nach Deutschem Sprachgebrauch ein auferre voraus, und deswegen müsse man in der Materie von der Verjährung den Römischen Begriff verlassen.

(4) Nur dieß steht in Nov. 119. c. 7. nicht aber, wie Rave §. 19. nr. 2. §. 54. glaubt, daß jede von einem Besitzer ohne Wissen des Eigenthümers alienirte Sache der Usucapio unfähig sey.

bung der väterlichen Gewalt ([1]). Denn während der väterlichen Gewalt sind sie der Verjährung ganz unfähig ([2]).

§. 31.

Sind nun diese beyden Haupt-Requisite der usucapio, nämlich Fähigkeit der Sache, und ein gerechter Titel, neben den Erfordernissen der Verjährung überhaupt vorhanden: so wird eine bewegliche Sache binnen 3 Jahren verjährt, eine unbewegliche hingegen in 10 Jahren, wenn beyde Theile ihr domicilium in derselben Provinz haben, in 20 Jahren, wenn dieß nicht der Fall ist. Doch kommt bey diesen Unterscheidungen nichts darauf an, ob die zu verjährenden Sachen in derselben Provinz liegen, oder nicht ([3]). Sind beyde Theile während der Verjährungszeit Theils gegenwärtig, Theils abwesend, so werden 2 Jahre der Abwesenheit auf 1 Jahr der Gegenwart gerechnet, oder umgekehrt ([4]). Da wir in Deutsch-

(1) Nov. 22. c. 24.

(2) S. oben §. 24.

(3) pr. J. de usuc. L. Un. C. de usuc. transf. L. ult. C. de pr. l. t.

(4) Nov. 119. c. 8. Auth. quod si quis C. de praescr. l. t. Toullieu Diss. de praesent. et absent. mixtoque temp. Grön. 1719. auch in dessen Collect. n. 18. Meister Vindic. legislat. Just. de mixto temp. comp. (auch in dess. opusc. n. 8.)

land die Römische Provinzial-Verfassung nicht haben, so fragt sich: wann denn jetzt die Partheyen für gegenwärtig zu halten sind? Einige glauben alsdann, wenn beyde Theile in Einer Provinz nach heutigem Wortverstande; andre, wenn sie unter einem gemeinschaftlichen Oberrichter; und noch andre, wenn sie unter einem gemeinschaftlichen Unterrichter wohnen. Die letzte Meynung hat der Gerichtsgebrauch adoptirt (1).

§. 32.

Eine Ausnahme von den bisher entwickelten Grundsätzen machen die erblosen, dem Fiscus noch nicht angezeigten Güter. Diese werden auch ohne gerechten Titel, und (nach Römischem Recht) selbst ohne guten Glauben, innerhalb 4 Jahren von dem Besitzer erworben (2). Solche Sachen können freylich nach den obigen Grundsätzen auch usucapirt werden (3); und zwar, wenn die Sache beweglich ist, auch die Requisite der Usucapio vorhanden sind, früher, als jene vierjährige Präscription eintritt. Indeß ist die letzte in andern Fällen auch wieder vortheilhafter, als die gemeine Usucapion, z. B. wenn die Sache unbeweglich ist, oder der Besitzer keinen Titel hat.

(1) Hofacker §. 972. Höpfner §. 395.

(2) L. 1. C. de quadrien. praescr.

(3) §. 9. J. de usuc. L. 18. de usurp.

Sind aber solche Güter dem Fiscus angezeigt, so werden sie, wie überhaupt fiscalische Sachen, erst nach Ablauf von 40 Jahren präscribirt (1).

§. 33.

II.) Die Lehre von der praescriptio longissimi temporis folgt nun aus den vorstehenden Prämissen fast ganz von selbst. Man muß nämlich nach Römischem Recht so unterscheiden: 1) Es fehlt dem Besitzer zwar nicht der gute Glaube, aber doch eines der speciellen Requisite der usucapio, nämlich ein gerechter Titel, und Usucapionsfähigkeit der Sache. Ist dieß der Fall, so wird nach Justinians Vorschrift (§. 14.) das Eigenthum der Sache binnen 30 oder 40 oder 100 Jahren verjährt, je nachdem der bisherige Eigenthümer seine vindicatio binnen 30, oder 40, oder 100 Jahren hätte anstellen müssen. Der gerechte Titel ist nicht erforderlich. Es werden also longissimo tempore präscribirt: a) die der usucapio unfähigen Sachen, und zwar die §. 29. genannten binnen 40 und 100 Jahren, wie dieß bereits angeführt ist; die §. 30. aufgezählten Sachen hingegen binnen 30 Jahren, weil in Rücksicht ihrer die Gesetze die vindicatio nicht privilegirt haben, b) alle der Usucapion fähigen, aber ohne Titel besessenen Sachen. 2) Fehlt dem Besitzer der gute Glaube, so erwirbt er, nach Ver-

(1) Westphal §. 751—760.

schiedenheit der eben angegebenen Umstände, binnen 30 oder 40 Jahren eine bloße Einrede gegen den vorigen Besitzer, aber kein Eigenthum; kann also die ihm abhanden gekommene Sache nicht vindiziren. Bloß die auf Schützung des ruhigen Besitzes abzweckenden Rechtsmittel stehen ihm zu (1).

§. 34.

Das Kanonische Recht hat aber in dieser Lehre vieles geändert. Denn 1) kann danach ohne guten Glauben gar keine Verjährung vor sich gehen (§. 20.). 2) Erläßt das Kanonische Recht den gerechten Titel nicht überhaupt, sondern nur den, bey der usucapio erforderlichen Beweis desselben. Wird durch besondere rechtliche Präsumtionen, oder einen ordentlichen Beweis dargethan, daß der Besitzer keinen gerechten Titel hat, so fällt alle Verjährung weg (2).

(1) L. 8. §. 1. 2. C. de praescr. 30 ann.

(2) Mit dürren Worten ist dieß eigentlich nicht vorgeschrieben. Allein in cap. 1. de praescr. in 6. ist entschieden, daß der Besitzer, welcher die Präsumtion wider sich habe, den Beweis des iusti tituli führen müsse. Da nun juristisch das speciell erwiesene Nichtseyn das präsumirte Nichtseyn überwiegt, so folgt das im Text Gesagte von selbst. Vergl. Gilkenius P. II. m. 1. c. 9. Hofacker §. 977.

§. 35.

Dieselben Grundsätze, welche in Ansehung der Verjährung des Eigenthums gelten, werden von den mehrsten auch auf die Verjährung der superficies und emphyteusis angewandt, weil jedes dieser Rechte, wenn auch kein volles, doch ein sogenanntes dominium utile sey, und das, was überhaupt vom dominio gelte, auch in Ansehung der Unterarten desselben Statt finden müsse (1). Allein da die ganze Theorie, daß dem Emphyteuta und Superficiar ein dominium zustehe, auf bloßen Irrthümern beruht, und diesen Personen nichts weiter als ein jus in re aliena beygelegt werden kann (2): so ist es weit natürlicher, wenn man in Rücksicht jener Rechte die Grundsätze von der Verjährung der Servituten zur Anwendung bringt (3). Ein Lehen wird, wenn der Verleihende nicht besonders privilegirt ist, selbst wenn

(1) Ayrer Diss. de different. iur. emphyt. et villar. c. 1. §. 7. Rave §. 41. Höpfner §. 896.

(2) Meine Vers. 2. Bd. 3. Abh.

(3) Wie z. B. Coccei i ius contr. Tit. si ager vict. qu. 5. thut. Ganz irrig ist es übrigens, wenn manche aus L. 14. C. de fund. patr. geschlossen haben: eine Emphyteusis könne erst in 40 Jahren durch Verjährung erworben werden. Denn das Gesetz spricht bloß von kaiserlichen Gütern. Buri Erl. d. Lehnr. ed. Runde 2. Abth. S. 165. 166. —

alle Requisite der praescr. l. t. vorhanden sind, erst in 30 Jahren erworben ([1]).

§. 36.

Ueber die Lehre von der erwerbenden Verjährung der Servituten enthält zwar das Römische Recht viele Entscheidungen; allein sehr streitig ist es, welche Theorie daraus zu bilden sey? Soviel ist gewiß, daß wenn I.) alle gesetzlichen Erfordernisse vorhanden sind, eine Servitut, nach Maaßgabe der Gegenwart und Abwesenheit, binnen 10 und 20 Jahren erworben wird ([2]). Zwar haben die Practiker, besonders die älteren, häufig behauptet, eine Servitut, welche nicht immer, sondern nur abgebrochen in gewissen Zeiten ausgeübt werden dürfe (servitus discontinua), könne nur durch unvordenklichen Besitz erworben werden ([3]); allein diese Theorie läßt

(1) II. Feud. 26. §. 4. Ich berühre diese Materie von der Verjährung der Lehen hier absichtlich nur kurz, und verweise auf Boehmer princ. jur. feud. §. 199. sqq. Schmidt l. c. opusc. 4. 5.

(2) L. 12. in J. C. de pr. l. t. Es ist hier jedoch natürlich nur überhaupt die Rede von dem Fall, wenn eine Servitut allein erworben wird. Wird sie als accessorium einer Sache, deren Eigenthum verjährt wird, erworben; so kommt es nur auf die Grundsätze an, nach denen die Principal-Sache zu beurtheilen ist. Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 31.

(3) Vergl. Hofacker T. II. 1102. Malblank princ. iur. Rom. Tit. de usufr. §. 421.

sich aus den Gesetzen auf keine Weise rechtferti- gen ([1]). Damit nun aber in jener kurzen Zeit eine Servitut erworben wird, ist erforderlich: 1) daß die Sache dieser Verjährungsart nicht unfähig sey. Hier gilt nun die Regel: an Sachen, deren Eigenthum nicht longo tempore erworben werden kann, läßt sich auch in 10 und 20 Jahren keine Servitut erwerben ([2]). Die Sachen, welche man hieher rechnen muß, sind schon oben (§. 29. 30.) angeführt. 2) Muß der Verjährende beweisen, daß er einen gerechten Titel habe, bey dessen Existenz aber auch keine Wissenschaft des Eigenthümers erforderlich ist, den einzigen Fall ausgenommen, wenn ein Besitzer in bösem Glau-

(1) Man beruft sich zwar auf L. 14. pr. de servit. L. 1. §. 23. L. 2. de aqua et aquae pluv. Allein die servitutes discontinuae werden da gar nicht besonders ausgezeichnet. Cocceii ius Contr. Tit. de serv. Qu. 6. Müller ad Leyser Obs. 257. — Der ausschließende Gebrauch eines Theils einer res communis scheint nach L. 7. de divers. temp. praescr. schon binnen einigen Jahren verjährt werden zu können. Diesem aber steht L. 45. de usurp. geradezu entgegen. Man kann also weder das eine, noch das andere behaupten, obgleich manche das erste Gesetz vorziehen, manche das andre, oder gar beyde vereinigen wollen. Vergl. Pufendorf T. III. Obs. 161. Toullieu collect. Diss. III. §. 45.

(2) Der Beweis dieses Satzes liegt theils in der Regel: was vom Ganzen gilt, gilt auch vom Theil; theils in den §. 29. 30. angeführten Belegstellen.

ben dem Inhaber der Servitut dieselbe constituirt hat ([1]). Dieser Satz ist aber nur das Product der Verbindung des Römischen Rechts mit dem Kanonischen. Das erste erfordert weder, wie einige glauben, zugleich einen gerechten Titel und Wissenschaft des Eigenthümers, noch unbedingt, wie andre meynen, einen gerechten Titel ohne Wissenschaft des Eigenthümers, oder die letzte ohne gerechten Titel: sondern vielmehr alternativ das eine, oder das andere. Hat der Besitzer einen gerechten Titel, so bedarf es keiner Wissenschaft (patientia) des Eigenthümers; übt er hingegen die Servitut nicht bittweise und nicht gewaltthätig mit Wissen des Eigenthümers (non clam, oder patiente domino) aus: so ist der gerechte Titel überflüssig ([2]). Nach Nov. 119. c. 7. ist neben dem gerechten Titel die Wissenschaft des

(1) Nach Analogie dessen, was §. 30. nr. i.) gesagt ist. Rave §. 62. überträgt auf die Materie von den Servituten ebenfalls seinen dort oben gerügten Irrthum, daß nach Nov. 119. c. 7. überhaupt ohne Wissenschaft des Eigenthümers nie eine praescriptio longi temporis Statt finde.

(2) Diese Theorie, welche Vinnius qu. sel. L. I. c. 31. vertheidiget, scheint mir ganz offenbar in L. 11. §. 1. de publ. in rem act. L. 10. pr. si serv. vind. L. 1. 2. C. de serv. et aqua zu liegen. Die Schriftsteller, welche abweichende Grundsätze annehmen, findet man bey Rave §. 62. Höpfner §. 352. Hofacker §. 1001. Malblank l. c. §. 421.

Eigenthümers bloß in dem Einen Fall erforderlich, wenn ein Besitzer in bösem Glauben Jemand eine Servitut einräumt. Allein da das Kanonische Recht den Grundsatz aufstellt, daß ohne einen gerechten Titel keine praescriptio definita Statt finde, und daß der, welcher das jus commune wider sich hebe, die Existenz des Titels beweisen müsse ([1]); auch wider den, welcher jura in re aliena ausübt, ungeachtet seines Besitzstandes, die Präsumtion streitet ([2]): so muß jetzt der Verjährende stets seinen gerechten Titel erweisen; doch ist die Wissenschaft des Eigenthümers nicht weiter, als nach Römischem Recht, erforderlich ([3]). II.) Sind die eben genannten beyden Erfordernisse nicht vorhanden, so unterscheide man: 1) Es fehlt der gerechte Titel. Alsdann kann die Servitut nur durch unvordenkliche Verjährung erworben werden. 2) Ist der gerechte Titel (welcher hier nicht,

(1) Cap. 1. de praescr. in 6.

(2) Nach Römischem Recht ist dieser Satz freylich schwer zu vertheidigen. Hofacker §. 1143. Cocceii Tit. si serv. vind. qu. 4. Müller ad Leyser Obs. 264., allein in Praxi ist er entschieden angenommen, Hellfeld §. 687. und auch dem eben citirten cap. 1. de praescr. in 6. allerdings gemäß.

(3) Ich setze hier nämlich voraus, daß man überhaupt analogisch die das Eigenthum betreffende Nov. 119. cap. 7. auf Servituten anwenden kann: welches wenigstens allgemein geschieht.

wie bey der praescriptio longissimi temporis des Eigenthums präsumirt wird, sondern, da von einem jure in re aliena die Rede ist, erwiesen werden muß) vorhanden, so fehlt entweder a) bloß die Wissenschaft des Eigenthümers, nämlich in dem Fall, da sie überhaupt erforderlich ist: alsdann wird die Servitut binnen 30 Jahren erworben (1). Ist hingegen b) ein gerechter Titel und, erforderlichen Falls, die Wissenschaft des Eigenthümers, nicht aber die Fähigkeit der Sache vorhanden: so wird die Servitut auf die §. 29. 30. angegebene Weise binnen 30, 40 oder 100 Jahren erworben; jedoch ist diese Erwerbung, weil sie lediglich aus dem Grundsatz, daß alle Klagen longissimo tempore erlöschen, abgeleitet wird, bloß extinctiv, d. h. sie begründet ein Recht auf den ruhigen Besitz, aber kein dingliches Recht gegen jeden Dritten.

§. 36. b.

Die Freyheit wird ungefähr auf gleiche Weise, wie das Eigenthum erworben, d. h. wer bona fide und iusto titulo unter Gegenwärtigen 10, unter Abwesenden 20 Jahre im Stande der Freyheit gelebt hat, erwirbt dieselbe eben dadurch (2). Fehlt bona fides oder iustus titulus, so tritt natürlich die 30jährige Präscription ein, jedoch

(1) L. 3. C. de praescr. 30 ann. Nov. 119. c. 7.

(2) L. 2. C. de l. temp. praescr.

mit der Einschränkung, daß der entlaufene Sklav, weil er als solcher im Besitz des Herrn blieb, eben deswegen nichts verjähren kann (1).

§. 37.

Das Römische Recht stellt hauptsächlich nur in Ansehung des Eigenthums und Servituten und der Freyheit den Grundsatz auf, daß sie durch Verjährung erworben werden können. Daß eine erwerbende Verjährung jedes Rechts Statt finde, diese Regel ist nirgend in den Gesetzen anzutreffen. Es entsteht also die Frage, in wiefern die im Römischen Recht der erwerbenden Verjährung nicht namentlich unterworfenen Rechte, wie z. B. von den dinglichen das Pfandrecht, von den persönlichen das Recht Zinsen zu fordern, nach den bisher entwickelten Grundsätzen zu beurtheilen sind? Dieselbe Frage dringt sich in Ansehung der den Römern unbekannten deutschen Rechtsinstitute z. B. der Frohnen, der Bannrechte u. s. w. auf. Der allgemeine Geist, welcher in den Schriften über die Verjährung herrscht, entscheidet für die

(1) L. 1. C. de serv. fugit. L. 23. pr. de agric. et cens. Rave §. 97. (welcher diese Verjährungsart ohne Grund zu der extinctiva zählt) glaubt dieß erst aus den Grundsätzen des kanonischen Rechtes über die mala fides beweisen zu können; es folgt aber schon aus dem allgemeinen Princip: wo kein Besitz ist, fällt alle Verjährung weg.

Verjährbarkeit jedes Rechts (1); nur ist es a) in Ansehung einiger Rechte, besonders des Pfandrechts, und des Rechts, Zinsen zu fordern, sehr streitig, ob sie überhaupt durch Verjährung erworben werden können (2); so wie es b) in Betreff der Rechte, deren Verjährbarkeit man, vermittelst einer erweiternden Auslegung des Römischen Rechts, annimmt, noch immer unausgemacht ist, ob sie binnen 10 und 20, oder erst binnen 30 Jahren, oder gar erst binnen unvordenklicher Zeit erworben werden können (3)? Nach einer vernünftigen Hermeneutik, welche nicht in Willkühr ausartet, kann man für diese ganze Materie keine andere, als folgende Grundsätze aufstellen: die Verjährung ist ein singulaires Rechtsinstitut, welches als solches durch eine logisch ausdehnende Erklärung nicht erweitert werden darf, und dieß um so weniger, da, wie die Lex Scribonia zeigt, und das gänzliche Stillschweigen des Justinianeischen Rechts über die Verjährbarkeit so vieler wichtigen Rechte noch mehr vermuthen läßt, die Römer selbst schwerlich von der Nothwendigkeit der Erwerblichkeit jedes

(1) Vergl. Rave §. 49. 50 65. 78 – 88.

(2) Höpfner §. 352. not. 2. Faber coniect. L. 7. c. 8. Gilkenius P. II. m. 1. c. 4.

(3) Vergl. Eichmann mit Rave §. 84. not. g. Leyser Sp. 243. m. 7. 8. Hommel rhapf. Obs. 221. mit Wernher lect. comm. ad P. Tit. de usur. §. 9. Müller ad Leyser Obs. 485.

Rechts durch Verjährung überzeugt waren. Die Grundsätze von der Erwerbung des Eigenthums und der Servituten können also nicht auf andre Rechtsinstitute analogisch angewandt werden. Alle Rechte also, deren Erwerblichkeit durch Verjährung nicht gesetzlich sanctionirt ist, stehen nicht unter den Grundsätzen der erwerbenden Verjährung, welchen sie nicht durch Subsumtion unterworfen werden können, sondern unter den Grundsätzen der erlöschenden Verjährung, insofern diese jedes Recht befassen, welches klagend hätte geschützt werden können. Hat sich daher Jemand ein Recht als das seinige angemaßt, und als solches ausgeübt, so verliert der, gegen den es ausgeübt wird, nach 30 Jahren das Recht, die fernere Ausübung zu hindern, wenn er von der ihm zu diesem Zweck zustehenden Klage bis dahin keinen Gebrauch gemacht hat. Hieraus folgt denn, daß man in Ansehung aller Rechte, welche nicht nach ausdrücklicher Vorschrift des Römischen Rechts durch Verjährung erworben werden können, zwey Fälle unterscheiden muß, nämlich entweder hatte a) der, gegen den das Recht ausgeübt wird, die Anmaßung durch eine Klage verhindern können und sollen; oder b) es standen ihm zur Bestreitung der Anmaßung bloß Einreden zu. Im ersten Fall verliert er nach 30 Jahren das Recht, der Anmaßung zu widersprechen; im letzten Fall hingegen muß die praescriptio definita ganz wegfallen, weil Einreden ewigdaurend sind (§. 56). Hat daher Jemand von einem andern auch 30

Jahre Zinsen, als eine Schuld eingehoben, so kann der letzte nach wie vor der Forderung widerstreiten, obgleich er die gezahlten Zinsen nach 30 Jahren nicht zurückfordern darf. Aus diesen Gründen muß denn auch die Frage: ob ein Pfandrecht durch Verjährung erworben werden könne? in gewissem Betracht bejahet, in gewissem Betracht verneinet werden. Ein Pfandrecht, als dingliches Recht gegen Jeden Dritten, kann nicht durch Verjährung erworben werden; hat sich indeß ein Gläubiger an einer Sache ein Pfandrecht (versteht sich: ein eigentliches pignus) angemaßt, und der Schuldner gebraucht die ihm zustehende Verhinderungsklage binnen der gesetzten Zeit nicht: so hat der Gläubiger allerdings das angemaßte Recht extinctiv erworben, d. h. er kann sich gegen den Schuldner mit einer Einrede schützen; ein dingliches Recht gegen Dritte Personen hat er aber nicht. — Dehnt man indeß, wie es häufig geschieht, die Grundsätze von erwerbender Verjährung der Servituten auf andre Rechtsinstitute aus, so läßt sich keine weitere Grenze setzen. Wer einen einzigen Fall analogisch entscheidet, muß alle übrigen gleichen Grundsätze unterwerfen; und gewiß ist es eine nicht zu verzeihende Inconsequenz, z. B. auf die iura bannaria die Grundsätze der erwerbenden Verjährung der Servituten anzuwenden, und die Unverjährbarkeit des Pfandrechts zugleich zu behaupten, oder das eine Recht in 10, das andre in 30 Jahren entstehen zu lassen.

Zweytes Kapitel.

Ueber die einzelnen Arten der erlöschenden Verjährung.

§. 38.

Man muß in der Lehre von der erlöschenden Verjährung den Gesichtspunkt, daß die Verjährung ein singulaires, bloß positives Rechtsinstitut ist, besonders festzuhalten bemüht seyn. Die natürliche Regel, welche sich hieraus bildet, ist diese: Kein Recht geht im Zweifel durch Nichtgebrauch verloren, oder: wer eine Handlung unterlassen hat, wird dadurch allein von ihrer ferneren Ausübung nicht ausgeschlossen, so wie Niemand die Freyheit, eine Handlung zu unterlassen, verliert, weil er sie eine bestimmte Zeit ausgeübt hat (1). Sollen Ausnahmen Statt finden, so müssen diese aus den positiven Rechten bewiesen werden. Die Regel, welche man fast in allen juristischen Schriften überall aufgestellt findet, daß persönliche und dingliche Rechte überhaupt in 30 Jahren durch Verjährung erlöschen, ist ganz falsch. Nur das haben die Gesetze (2) gesagt, daß Klagen in der Regel binnen dieser Zeit erlöschen sollen. Hieraus folgt aber nichts weiter, als

(1) L. 2. de via publ. L. 2. de veteran. L. 12. C. de excusat. L. 2. C. de hic qui sponte mun.

(2) L. 3. 4. C. de pr. 30 ann.

daß jedes Recht in der genannten Zeit verlohren geht, wenn der Berechtigte in der Lage ist, daß er es klagend hatte verfolgen müssen, also nur dann, wenn ein andrer sich überhaupt dieses Recht angemaßt hat. Für Rechte, welche nicht Klagrechte sind, existirt keine Regel, welche den Nichtgebrauch derselben mit dem Verlust derselben bedroht. Es läßt sich daher z. B. aus allgemeinen gesetzlichen Regeln nicht deduciren, daß eine Servitut durch Nichtgebrauch verlohren geht. Will man dieß erweisen, so müssen, Statt jener Vorschriften über die Verjährbarkeit der Klagen, besondere Bestimmungen des positiven Rechts beygebracht werden. Die Lehre von der Verjährung der Rechte, welche keine Klagrechte sind, enthält sonach bloß eine Aufzählung einzelner gesetzlicher Ausnahmen.

§. 39.

Es ist weder erlaubt noch nothwendig, bey den Vorschriften über die Extinctiv-Verjährung den Buchstaben des Gesetzes zu verlassen, und die Vernichtung eines Rechts weiter- gehen zu lassen, als sie aus den Gesetzen folgt. Von einem Rechte bleibt also alles gültig, wenn es nicht ausdrücklich durch die Gesetze vernichtet ist. Hieraus folgt denn der so wichtige Satz, daß durch die vorgeschriebene Erlöschung der Klage, keineswegs das ganze Recht erlischt, und daß dieß vielmehr auch nach dem Erlöschen der Klage noch ferner durch

alle übrigen Zwangsmittel geschützt werden kann (1).

§. 40.

Die Zeiträume, in denen die der Extinctiv-Verjährung unterworfenen Rechte erlöschen, sind in den einzelnen Fällen sehr verschieden. Es gibt indeß gewisse allgemeine Ausnahmen, da allen oder einer gewissen Classe der verjährbaren Rechte überhaupt eine abweichende Verjährungszeit gesetzt ist. Diese Ausnahmen sind hier denn, um in der Folge Wiederholungen zu vermeiden, unter den allgemeinen Grundsätzen der erlöschenden Verjährung mit aufzuführen.

§. 41.

Die gemeine Dauer eines besonderen Rechts mag bestimmt seyn, wie sie will, so ist es Regel: 1) daß alle Rechte, welche überhaupt unter 40 Jahre dauern, oder wegen des bisher schon Statt gefundenen Laufs der Verjährung nicht mehr 40 Jahre dauern können, durch Litis contestatio, oder jetzt durch die Citation (§. 17.) perpetuirt werden, und wenn der Proceß liegen bleibt, erst nach 40 Jahren durch Verjährung erlöschen. Je-

(1) Weber über die nat. Verb. §. 92. Hieraus begreift es sich denn auch, warum die actio hypothecaria in manchen Fällen noch nach der Zeit, da die Klage wegen der Hauptschuld erloschen ist, angestellt werden kann. Rave §. 154.

doch findet nach §. 29. nr. d. diese Perpetuation nur in Verhältniß der streitenden Theile zu einander Statt. Dieser 40 jährige Zeitraum ist aber allen Rechten beygelegt. Die gemeine Behauptung, daß derselbe nur Statt finde, wenn ein Recht oder eine Klage an sich 30 jährig sey, daß aber eine an sich kürzer, als 30 Jahre, daurende Klage durch Litispendens nicht in einer 40, sondern nur zu einer 30 jährigen erhoben werde ([1]), läßt sich nicht rechtfertigen ([2]). 2) Alle Rechte der Römischen Kirche erlöschen erst durch die 100 jährige Präscription. 3) Die Rechte der Kirchen und milden Stiftungen erlöschen, wenn sie nach gemeinem Recht 10 und mehrere Jahre würden gedauert haben, erst in 40 Jahren, in den übrigen Fällen aber finden die gemeinen Fristen Statt. 4) Alle Rechte, welche in der Regel vor Ablauf von 40 Jahren erlöschen, gehen, wenn sie einem Pupillen zustehen, erst in 40 Jahren verloren. 5) Minderjährigen läuft keine kürzere, als die 30 jährige Präscription ([3]). 6) Dingliche, Jemand an solchen Sachen zustehende Rechte, deren Eigenthum von ihm erst in 30 oder 40 Jahren durch Verjährung auf einen

(1) Höpfner §. 1191. Hofacker §. 875.

(2) L. 9. C. de praescr. 30 ann. L. 1. §. 1. C. de annal. except. Westphal §. 835.

(3) S. hierüber und über ein Paar in Rücksicht der Pupillen und der minorum Statt findende Ausnahmen unten §. 67.

andern übertragen wird, können auch erst binnen dieser Zeit durch Extinctiv-Verjährung erlöschen (1). Diese allgemeinen Regeln sind denn bey jeder einzelnen Art der erlöschenden Verjährung, z. B. der Klagen, Servituten und Privilegien zu wiederholen.

§. 42.

Die wichtigste Art der Extinctiv-Präscription ist das Erlöschen der Klagen. Nach dem Recht der Pandekten waren alle Klagen in der Regel ewigdaurend. Nur einigen, besonders den prätorischen, waren gewisse Fristen gesetzt. Jene hießen daher perpetuae, diese temporales. Nach dem Recht des Codex sind aber alle actiones perpetuae in der Regel auf 30 Jahre beschränkt, wobey jedoch den temporalibus ihre alte Dauer gelassen ist (2). Der Hauptgrundsatz für diese ganze Materie ist also: alle Klagen sind in der Regel perpetuae, d. h. in der neueren Sprache: sie dauern 30 Jahre; wenn nicht aus den Pandekten oder den Kaiserlichen Verordnungen besondere Ausnahmen nachgewiesen werden können.

(1) Der Beweis und die Erläuterung dieser Sätze ist auch hier wieder in §. 29. 30. zu suchen, so wie in der Regel: was vom Ganzen gesagt ist, gilt auch vom Theil. A. A. F. Mallinkrott de praescrip. serv. extinct. c. 1. §. 5—8.

(2) L. 3. 4. C. de praescr. 30. ann.

§. 43.

Der Aufzählung dieser Ausnahmen müssen noch folgende allgemeine Grundsätze vorangeschickt werden: 1) die Verjährbarkeit einer Klage fängt erst von dem Augenblick an, da eine rechtliche Möglichkeit zur Anstellung derselben vorhanden war (ex momento ubi actio nata est), mithin nicht eher, als eine unbedingte Verpflichtung existirt ([1]). Ueber diesen Grundsatz ist man im Ganzen allgemein einverstanden, allein nicht über den bestimmten Sinn und Umfang desselben. Folgende Ideen scheinen hier auf den richtigen Gesichtspunkt zu führen. Die Klagen sind nur zu dem Zweck eingeführt, um durch richterliche Hülfe widerrechtliche Anmaßungen aufzuheben. Die Verjährung soll nicht dazu dienen, bestehende völlig gesetzmäßige Verhältnisse zu vernichten und abzukürzen, sondern ihr Zweck ist, ewigen Rechtsstreiten vorzubauen, also widerrechtliche Zustände zu schützen. Wenn daher das positive Recht auch gestattet, ein Recht durch eine Klage zu verfolgen, gegen welches sich bisher Niemand widerrechtliche Anmaßungen erlaubte; so kann doch die Verjährbarkeit der Klage während dieses von beyden Seiten legalen Zustandes nicht Statt finden. Hieraus folgt nun a) daß die Vorschrift ([2]), jede Klage,

(1) L. 7. §. 4. C. de praescr. 30. ann. L. 1. §. ult. C. de annal. except. M. G. Graff D. agere non valenti non currit praescr. Tüb. 1688.

(2) L. 1. §. 1. C. de annal. except.

selbst die actio communi dividundo, familiae herciscundae und pro socio, solle 30 Jahre dauren, nur von den Fällen verstanden werden kann, da ein Miteigenthümer, ein Miterbe oder Gesellschafter sich ein ausschließendes Recht angemaßt hat. Denn es würde zu der offenbarsten Ungereimtheit führen, wenn man z. B. in dem Fall, da zwey Miteigenthümer 30 Jahre ruhig neben einander ihr Recht ausgeübt haben, eine Verjährung der actio communi dividundo annehmen wollte (1). b) Daß die auf Zurückforderung des Pfandes zu richtende Klage erst von dem Augenblick an verjährbar wird, da der Schuldner die Pfandschuld abgetragen hat. Denn bis dahin befand sich der Gläubiger in keinem illegalen Zustande, und die Pfandklage wird erst in dem Augenblick eine actio nata, da dieser illegale Zustand anfängt, d. h. da die Zahlung geschehen, und die nun schuldige Rückgabe nicht erfolgt ist (2). Das Recht ein Pfand vom Gläubiger wieder einzulösen ist also, vor geschehener Zahlung, ewigdaurend, und erlischt erst nach derselben binnen 30 Jahren. Sollte auch (wie sich manche Fälle, besonders wenn das Pfand in die Hand eines dritten Besitzers gekommen ist, denken lassen) das Eigenthum des Pfandes durch die erwerbende Verjährung für den Verpfänder ver-

(1) Rave §. 127. 147—149.

(2) L. 9. §. 3. 5. de pign. act. L. 13. §. 4. de pignor. et hypoth. Kochs Medit. 1. S. n. 18.

loren gegangen seyn: so kann doch wenigstens die Pfandklage noch immer auf Entschädigung angestellt werden ([1]). Aus denselben Gründen fängt c) das Wiedereinlösungsrecht des Verkäufers, welcher sub pacto de retrovendendo verkauft hat, erst in dem Augenblick an, verjährbar zu werden, da der Käufer ihm die Sache gegen den angebotenen Preis nicht zurückgeben wollte ([2]), es mag nun ein dies a quo bestimmt seyn, oder nicht. Denn in beyden Fällen ist der Käufer nicht eher in einem widerrechtlichen Zustande, als bis er vergebens zum Rückkauf aufgefordert ist. Nimmt man das Gegentheil an, so geräth man auf den der Natur der Verjährung (und der anerkannten Regel: tantum est praescriptum, quantum possessum) gradezu widerstreitenden Satz, daß Jemand durch Verjährung mehr erwirbt, als er bis daher besaß. Denn die, welche das ius reluendi nur 30 Jahre dauren lassen, geben dem Käufer offenbar nach dieser Zeit ein Verweigerungsrecht, in

(1) Toullieu Diss. de reluit. pign. et rebus merae fac. (collectan. n. 3.) §. 64—80. vergl. mit Schmidt opusc. de praescr. circa de pign. opusc. II. III. Abweichend sind z. B. Vinnius qu. sel. L. II. c. 6. Westphal Pfandrecht §. 250. und viele andre, welche man citirt findet in Cocceii ius controvers. Tit. de act. pign. qu. ult. et Emminghaus. not. ibid. Erxleben tr. de pignor. et hyp. §. 294. 95.

(2) Die Literatur dieser Streitfrage findet man bey Höpfner §. 873. not. 4. Menken de act. forens. edit. Hommel et Madihn, p. 225.

dessen angemaßten Besitz er sich bis dahin gar nicht befunden hatte. Der gewöhnliche Einwand: iura personalia dauern 30 Jahre, rechtfertigt (nach §. 38.) die Vertheidiger der entgegenstehenden Theorie auf keine Weise. Hieraus ist nun auch d) leicht einzusehen, daß es durchaus irrig ist, wenn manche (1) behaupten, der Verkäufer, welcher eine Sache sub lege addictionis in diem verkauft habe, könne binnen 30 Jahren die Sache zurückfordern, wenn ihm in dieser Zeit ein besserer Preis geboten worden. Die Verjährung der Klage kann hier ganz offenbar nicht vor dem Augenblick anfangen, da dem Verkäufer ein besseres Gebot geschehen ist, und er dasselbe angenommen hat (2).

§. 44.

5) Wenn eine dingliche Klage verjährt werden soll, so ist der Umstand, daß die Klage binnen 30 Jahren nicht angestellt ist, noch nicht allein hinreichend, sondern es muß in dieser Zeit auch ein ruhiger ununterbrochener Besitz des zu verjährenden Rechts Statt gefunden haben. Ohne dieß wird selbst die Extinctiv-Verjährung nicht

(1) Stryk U. M. Tit. de addict. in diem §. 8. Boehmer ius D. eod. T. §. 4. Wernher lect. comm. ibid. §. 1.

(2) Menken l. c. p. 224. et ibi Madihn not. 643.

vollendet ([1]). Hieraus folgt denn, daß die actio finium regundorum, so lange die Grenzen zwischen zwey Gütern verwirrt gewesen sind, und kein fester Besitz Statt gefunden hat, der Verjährung gar nicht unterworfen ist, und daß das Gesetz ([2]), welches die Dauer derselben auf 30 Jahre beschränkt, nur von dem Fall verstanden werden kann, wenn der eine Theil sich 30 Jahre hindurch bestimmte Grenzen angemaßt hat ([3]). Jedoch findet keine Unverjährbarkeit im ersten Fall nur insofern Statt, als die actio finium regundorum eine dingliche Klage ist, und nicht auf persönliche Leistungen gerichtet ist ([4]).

(1) L. 7. §. 5. L. 8. C. de praescr. 30. ann. L. 11. §. 1. 2. C. de praescr. l. t.

(2) L. ult. C. fin. regund.

(3) Hellfeld §. 719. Ueber die abweichenden Ideen andrer s. Fachinei contr. L. 6. c. 36. Rave §. 148. Schol. Coccei i ius contr. Tit. fin. regund. qu. 5. et Emminghaus ibid. Müller ad Leyser Obs. 720. J. E. Wittert de praescr. quinque pedum (Oelrichs Thes. nov. D. B. n. 7.).

(4) Pufendorf T. 1. Obs. 42. — Nach den 12 Tafeln konnte der zwischen Aeckern zu lassende fünffüßige Raum gar nicht verjährt werden. Cicero de LL. L. 1. c. 21. In der Folge ward dieß aufgehoben. Allein L. 5. C. fin. reg. restituirte das Recht der 12 Tafeln. In L. ult. C. eod. ward endlich die 30jährige Präscription zugelassen.

§. 45.

3) Die erwerbende Verjährung kann mit der erlöschenden Verjährung der Klagen concurriren. Die Vollendung der 30 und 40 jährigen erwerbenden Verjährung des Eigenthums trifft genau mit dem in diesen Fällen Statt findenden Erlöschen der Klagen zusammen. Es kann aber auch Fälle geben, da nach den Grundsätzen der erwerbenden Verjährung die Präscription eher vollendet ist, als nach den Grundsätzen der erlöschenden; z. B. A. besitzt die bewegliche Sache des B 3 Jahre in conditione usucapiendi. Nach gemeinem Recht kann B seine vindicatio 30 Jahre anstellen; allein A hat schon in 3 Jahren das Eigenthum usucapirt. Da nun das Eigenthum des einen die vindicatio des andern ausschließen muß; so ist es ganz offenbar, daß die frühere Vollendung der erwerbenden Verjährung indirect die frühere Vollendung der erlöschenden Verjährung mit sich führt. Diese Regel ist inzwischen nur von den Fällen zu verstehen, da das erworbene Recht dem, nach den Grundsätzen der Extinctiv-Verjährung noch nicht erloschenen Rechte gradezu widerstreitet, und dasselbe aufhebt. Ist dieß nicht der Fall, so kann aus dem Erwerben das Erlöschen nicht folgen. Die usucapio des Eigenthums hebt also z. B. an sich die actio hypothecaria nicht auf, da das Eigen-

thum dem Pfandrecht nicht gradezu widerstreitet (1).

§. 46.

Die allgemeine Regel ist, wie gesagt, daß alle, sowohl dingliche, als persönliche, Präjudicial- und Nicht-Präjudicial-, petitorische und possessorische Klagen 30 Jahre dauren. Die Ausnahmen hievon, welche aus den bereits angeführten allgemeinen Grundsätzen aller Arten der Verjährung, oder der erlöschenden Verjährung überhaupt (2) folgen, z. B. daß die actio de libertate affirmativa unverjährbar ist, daß dingliche Klagen des Fiscus 40 Jahre dauren u. s. w. gehören nicht hieher. Die Ausnahmen, welche hier einen Platz verdienen, lassen sich am besten unter folgende 2 Haupt-Rubriken bringen: I.) es gibt gewisse Fälle, da Klagen überhaupt in einem abweichenden Zeitraum verjährt werden, so wie II.) unter gewissen Umständen eine in Rücksicht ihrer Dauer überhaupt nicht abweichende Klage doch in bestimmten Fällen nicht nach allgemeinen Grundsätzen verjährt wird.

§. 47.

I.) Fälle, da gewisse Klagen nicht überhaupt, oder nicht schlechthin in

(1) L. 44. §. 5. de usurp. L. 7. C. de pign. Westphal Pfandr. §. 246.

(2) Vergl. §. 16—24. §. 41.

30 Jahren erlöschen. Hier sind 3 Fälle zu unterscheiden, nämlich: 1) Eine Klage dauert länger, als 30 Jahre. Zu diesen gehört a) die Klage, wodurch eine gegen die Gesetze bezahlte Spielschuld zurückgefordert werden kann, welche 50 Jahre dauert (1); b) die hereditatis petitio der Kinder. Diese dauert, nach einer, freylich ganz irrigen, aber an vielen Orten geltenden Praxis, wenn die Kinder ab intestato zur Erbschaft gerufen werden, 90, und wenn sie im Testament eingesetzt sind, 120 Jahre (2). c) Die Behauptung mancher (3), daß die actio de statu civitatis negativa 40 Jahre daure, ist aus dem, was §. 29. nr. c. gesagt ist, zu widerlegen. d) Die persönlichen Klagen des Fiscus (von den dinglichen s. oben) dauren in der Regel 40 Jahre (4).

§. 48.

2) Kürzer, als 30 Jahre, dauern viele Klagen. Nämlich A) von den Realklagen dauert die querela inofficiosi testamenti nur 5 Jahre, vom Augenblick der Antretung der Erbschaft an gerechnet, doch ist dieß nicht, wie manche thun, auf

(1) L. ult. C. de aleator.

(2) Koch succ. ab int. §. 129.

(3) Z. B. Menken de act. p. 407.

(4) L. 4. 6. de praescr. 30. ann. C. 7. 39

die actio suppletoria auszudehnen ([1]), wohl aber auf die querela inofficiosae donationis ([2]). B) Von den persönlichen, und zwar A) den rei persecutoriis, dauert a) das interdictum de glande legenda nur 3 Tage ([3]). b) Wenn der Fiscus oder Regent fremde Sachen veräußert hat, so dauert die deshalb anzustellende Entschädigungsklage 4 Jahre ([4]). c) Ein gleicher Zeitraum findet in Ansehung offen gewordener, dem Fisco nicht einverleibter Güter Statt ([5]). d) Eine Untersuchung über den status eines Verstorbenen hat nur 5 Jahre nach dem Tode desselben Statt ([6]). e) An eben diesen Zeitraum ist die Imploration der Gläubiger, welche eine Absonderung der Erbmasse von des Erben Vermögen fordern, gebunden ([7]). f) Nach deutschem Gerichtsgebrauch dauert die Retraktsklage, so wie die Klage, wodurch das Vorkaufrecht verfolgt wird, nur 1 Jahr, und zwar nach der Meynung der mehrsten jene

(1) Hellfeld §. 550. 559. Höpfner §. 1187. Finestres prael. de inoffic. test. cap. 8. §. 5.

(2) L. ult. C. de inoff. donat. Eichmann ad Rave §. 154. not. o.

(3) Hellfeld §. 1874.

(4) §. ult. I. de usuc.

(5) L. 1. §. 2. de iure fisci L. 1. C. de quadr. praescr.

(6) Tit. ff. et C. ne de stat. def. post quinq.

(7) Hellfeld. §. 1826.

vom Augenblick da der Retrahent die geschehene Uebergabe, diese von dem Augenblick da der zum Vorkauf Berechtigte die Vollendung des Geschäfts erfahren hat ([1]).

§. 49.

g) Besonders wichtig und schwierig ist die Lehre von der Verjährungszeit der verschiedenen Arten der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ([2]). Folgendes muß vorläufig überhaupt in Beziehung auf diese Materie bemerkt werden. Vor Justinian mußten die prätorischen Restitutionen in der Regel innerhalb eines anni utilis gesucht werden. Die sogenannten restitutiones civiles sind nirgend auf diesen oder einen andern bestimmten Zeitraum beschränkt. Diese konnten also nach der allgemeinen Regel ([3])

(1) Hellfeld §. 996. G. L. Boehmer progr. de initio praescript. annalis in retract. (elect. iur. civ. T. II. Ex. 16.) Rave §. 156. nr. 3. Müller ad Leyser Obs. 409. 410.

(2) Die Meynungen des Woltaer Obs. F. 1. Obs. 23. Glück differt. de vita petendae rest. in integr. §. 34. fgg. daß jetzt wegen des wegfallenden iudicii duplicis jedes Restitutions-Gesuch 30 Jahre angebracht werden könne, führe ich hier bloß an. Die Gründe dafür sind zu schwach, und haben auch wenig Beyfall gefunden. Höpfner §. 1004. not. 4. Die Hauptschrift ist: Koch Diss. de praescript rest. in integr. Giessen. 1784.

(3) In L. 3. C. de praescr. ann.

innerhalb 30 Jahren gesucht werden. Auch einige prätorische Restitutionen hatten andre Fristen, z. B. die actio quod metus caussa, sofern sie auf das simplum gerichtet ward, konnte 30 Jahre angestellt werden, die actio de dolo innerhalb eines kürzeren temporis continui. Nun verordnete Justinian (1) ganz allgemein: an die Stelle des anni utilis und der (wie weiter unten angeführt werden wird) von Constantin den Minderjährigen gesetzten Zeit solle überall ein quadriennium continuum treten. In Ansehung der Fälle, in denen vorhin der Zeitraum kein annus utilis war, hat Justinian offenbar nichts geändert, und es bleibt also in Rücksicht dieser beym Alten. Dagegen aber ist es aus dem Gesetz auch eben so offenbar, daß in allen Fällen, da ehemals Großjährige intra annum utilem um Restitution bitten mußten (2), ein quadriennium continuum gesetzt ist. Dieses quadriennium ist aber nur ratione cursus continuum, nicht ratione initii (3), und läuft also erst vom Tage der Wissenschaft. Denn das prätorische Jahr war ein annus utilis ratione initii et cursus (4); das neue quadriennium

(1) L. 7. C. de temporal. in int. rest.

(2) Also nicht bloß für die restitutio ob absentiam, wie einige glauben.

(3) Wie z. B. Koch l. c. §. 2. 3. behauptet.

(4) L. 1. §. 1. ex quib. causs. maior. L. 1. pr. quae in fraud. cred. L. 4. C. de his quae vi.

soll aber nach Justinians Vorschrift in Rücksicht des Anfanges dem prätorischen anno utili gleich gesetzt seyn. Merkwürdig ist noch in dem Gesetz die Vorschrift Justinians, daß innerhalb diesen 4 Jahren auch der Proceß geendigt werden soll ([1]). Die Deutsche Praxis befolgt indeß diese Vorschrift nicht ([2]). Wird aber Jemand durch ein sogenanntes judicium rescindens bloß eine Klage restituirt, so dauert sie nach ihrer Restitution nur noch so lange, als sie vor ihrer Vernichtung würde gedauert haben ([3]). Die Behauptung des Stryk ([4]), daß man die restituirte Klage nach der Restitution wenigstens 3 Jahre müsse dauern lassen, ist widernatürlich, da ja die Restitution Niemand bereichern soll ([5]). Wenn übrigens die Restitution per exceptionem gebeten wird, so findet gar keine Verjährung Statt, weil Einreden in der Regel nicht verjährt werden ([6]). Geschieht es per replicam, so gilt wieder, was

(1) Daß dieß in L. 7. cit. stehe, leugnet Cocceii Tit. quod. met. causs. qu. 6. Es kommt bey diesem Streit bloß auf gute Augen an.

(2) Lauterbach coll. L. 4. T. 4. §. 26.

(3) L. 26. §. 8. quod. met. causs. L. 24. §. 3. ad SCt. Vell. L. 2. pr. quando de peculio.

(4) U. M. Tit. de in int. rest. §. 10.

(5) L. 22. §. 1. 29. ex quib. causs. maior. Clem. unic. de rest. in int.

(6) S. unten §. 56.

von der Klage gesagt ist, so wie von der Duplik das, was in Betreff der Einreden Statt findet (1). — — Dieß vorausgesetzt, so ergeben sich nun in Ansehung der einzelnen Restitutions-Arten folgende Resultate: 1) Die restitutiones civiles, welche nicht bloß ex analogia der prätorischen gebildet sind (2), können 30 Jahre gesucht werden, da sie vor Justinian nicht in Betreff der Zeit namentlich beschränkt waren. 2) Die actio quod metus caussa dauert in ihrem weitesten Umfange jetzt ein quadriennium continuum, und, wenn kein anderes Rechtsmittel möglich ist, und in simplum geklagt wird, 30 Jahre (3). 3) In Ansehung der actio de dolo verordnete zuerst Constantin, daß sie intra annum continuum angestellt, und daß in einem biennio continuo der Proceß über dieselbe geendigt werden solle (4). Justinian ändert dieß dahin, daß die Klage in einem biennio continuo angestellt und auch geendigt werden solle (5). Die neueren Vorschriften über den annus utilis haben hierin nichts

(1) Glücks Comment. §. 439.

(2) S. Hellfeld. §. 432.

(3) Hellfeld §. 451.

(4) L. un. C. Theodos. de dolo malo.

(5) L. 8. C. de dol. mal. Den letzten Punkt leugnet wieder Cocceii Tit. de dol. mal. qu. 11., indeß kommt darauf nichts an, da er nicht befolgt wird. Lauterbach eod. Tit. §. 20.

geändert. Indeß behaupten manche, die actio de dolo daure jetzt 30 Jahre, weil sie nicht mehr infamire ([1]). Allein bedenkt man, daß die Klage noch immer entehrend, und daß die Regel: cessante ratione legis, cessat lex ipsa, ganz falsch ist ([2]): so kann man dieser Behauptung nicht beypflichten ([3]). Die actio in factum wegen eines Betrugs ist nirgend eingeschränkt, und dauert also 30 Jahre ([4]). 4) Nach einer Verordnung Constantins sollten Minderjährige nach erlangter Großjährigkeit in Rom, Italien und den Provinzen resp. in 3, 4, oder 5 Jahren um Restitution bitten. Justinian setzte ihnen ein vom ersten Tage des 26sten Jahres zu rechnendes quadriennium continuum, welches jedoch, wenigstens nach der Praxis; gleichfalls ratione initii utile ist ([5]). In Ansehung des Erben dessen, welcher

(1) Wehrn de dolo, culpa etc. p. 51.

(2) Meine Theorie d. log. Ausl. §. 15.

(3) Sie wird auch von vielen verworfen, z. B. Stryk Tit. de dol. mal. §. 3. Glück a. a. O. §. 454.

(4) Hellfeld §. 455.

(5) Hofacker T. II. §. 825. 830. Müller ad Leyser Obs. 189. Das Gesetz ist dieser Praxis auch wirklich nicht zuwider. Der erste Tag des 26sten Jahrs wird als terminus a quo überhaupt erwähnt, und da dabey vom alten anno utili die Rede ist, gewiß unter der Voraussetzung, daß dann die Anstellung der Klage möglich sey.

ex capite aetatis restituirt werden konnte, unterscheide man: A) Der Erblasser stirbt als major. In diesem Fall ist entweder sein Erbe a) major, dann wird er in der dem Erblasser noch übrigen Zeit restituirt. b) Minor: Dieser wird nach erlangter Majorennität, oder erhaltener venia aetatis noch so lange zur Restitution gelassen, als der Erblasser Zeit dazu hatte. B) Er stirbt als minor. Succedirt ihm dann a) ein major, so erhält dieser vom Augenblick der angetretenen Erbschaft noch 4 Jahre Restitution; ist der Erbe hingegen b) ein minor, so wird dieser vom Augenblick der erlangten Volljährigkeit oder venia aetatis binnen 4 Jahren restituirt. — — (1). Noch sind folgende Bemerkungen für diese Materie wichtig. A) In Deutschland tritt der Termin der Majorennität an vielen Orten früher, als bey den Römern ein. Hier entsteht nun die Frage: soll der, welcher z. B. mit 21 Jahren major geworden ist, von da an nur noch 4 Jahre, oder wie bey den Römern bis zum Ende des 29sten Jahres restituirt werden? Das erste ist unleugbar am richtigsten, da die Regel der Römer ist: der major soll noch 4 Jahre restituirt werden, und da es eine bloß zufällige Eigenheit ihrer Legislation ist, daß jene 4 Jahre mit dem 26sten

(1) L. 6. de in int. rest. L. 18. §. ult. L. 19. de minor. L. 5. C. de temp. in integr. rest. Ganz falsche Ideen hierüber findet man bey Hellfeld §. 463. wie schon Koch l. c. §. 3. erinnert hat.

Jahre anfangen ([1]). B) Wenn ein minor venia aetatis erhalten hat, so läuft ihm nach einer Verordnung Constantins ([2]) die Restitutionszeit vom Augenblick der erlangten venia aetatis. Justinian machte den Zusatz, daß ein solcher, wenn die Zeit vom Augenblick der erhaltenen Restitution bis zur Vollendung des 25sten Jahrs mehr als 4 Jahre betrage, dennoch stets bis zur Vollendung des 25sten Jahres restituirt werden solle ([3]). C) In Ansehung der Restitution gegen eine ausgeschlagene Erbschaft finden noch besondere Grundsätze Statt. Man unterscheide: a) der minor war nicht suus: dann wird er in der ordentlichen Zeit gegen die Repudiation restituirt, jedoch in der Regel nur solange, als die Erbschaftssachen nicht verkauft sind ([4]). b) Er war suus. Sind in diesem Fall nach der Großjährigkeit desselben Erbschaftssachen verkauft, so wird er gar nicht restituirt; sind sie hingegen nicht verkauft, oder während seiner Minorennität: so wird er nach erlangter Großjährigkeit innerhalb des quadriennii continui, und noch 3 Jahre nachher, restituirt. Selbst der Großjährige suus kann, wenn alles noch re integra ist, nach

(1) Schilter prax. iur. R. Ex. XI. §. 27.

(2) L. 1. C. Theodos. de his qui ven. aet.

(3) L. 5. C. de his qui ven. aet.

(4) L. 22. in fin. L. 24. §. 2. de minor.

der Abstinenz 3 Jahre Restitution erhalten (1). 5) Das Römische Recht schreibt vor, daß die respublica, worunter auch die Municipal-Städte zu begreifen sind (2), nach dem Beyspiel der Minderjährigen restituirt werden solle (3). Das tempus restitutionis ist also ein quadriennium ratione cursus continuum, ratione initii utile. Eine widerrechtliche Praxis hat dieß auf alle universitates, denen Administratoren vorstehen, ausgedehnt (4). Nach Kanonischem Recht werden Kirchen und milde Stiftungen gleichfalls in einem, vom Tage der erfahrnen Läsion an zu rechnenden quadriennio continuo, wie Minderjährige, restituirt, doch sollen ihnen in demselben die Tage der Verhinderung abgerechnet werden (5). Im

(1) L. 6. C. de repudiand. vel abst. hered.

(2) Leyser Sp. 676. m. 4.

(3) L. 4. C. ex quib. causs. mai. L. 3. C. de iure reipubl.

(4) Hofacker §. 832. Sonderbar ist die Idee, welche Höpfner §. 1002. not. 2. hat, nämlich daß eine Gemeinheit nur insofern, als Minderjährige unter derselben befindlich, restituirt werden dürfe. Der Grund, worauf dieser Satz beruht, ist eine bloße Conjectur (daher auch andere wieder andre Gründe präsumiren Struv Ex. L. 4. T. 4. §. 61.), und dabey widernatürlich, weil bey universitatibus sonst überhaupt der Einzelne nie in Betracht kommt.

(5) Cap. 1. 2. de in int. rest. in 6. Boehmer J. E. P. L. 1. T. 41. §. 9. 11.

Grunde ist also dieß quadriennium auch ratione cursus utile. 6) Die restitutio ob capitis deminutionem konnte nach dem prätorischen Edict stets gesucht werden ([1]); nach dem Recht des Codex trat denn an die Stelle jenes unbegrenzten Zeitraums ein Termin von 30 Jahren. Hierin hat Justinian nichts geändert. 7) Die restitutio ob absentiam kann nach Justinians ausdrücklicher Vorschrift ([2]) 4 Jahre gesucht werden. 8) Die actio in factum, wodurch eine alienatio judicii mutandi caussa facta angefochten wird, kann, da sie nach dem Recht der Pandekten auf einen annus utilis beschränkt war ([3]), jetzt nur in dem Justinianeischen quadriennio angestellt werden ([4]). 9) Die actio Pauliana, wodurch gleichfalls Restitutio in integrum gefordert wird, dauerte nach dem Recht der Pandekten einen annus utilis, doch konnte sie, wenn sie gegen den Empfänger nur auf so viel, als er sich reicher befand, gerichtet ward, 30 Jahre angestellt werden. An die Stelle jenes anni utilis tritt nun gleichfalls das quadriennium continuum ([5]).

(1) L. 2. §. 1. §. ult. de cap. min.

(2) L. 7. C. de tempor. in int. rest.

(3) L. 6. de al. iud. mut. c. fact.

(4) Dissent. Perez ad Cod. L. 2. T. 55. n. 6. Boehmer ius D. Tit. de al. iud. mut. c. fact. §. 4.

(5) L. 10. pr. §. 24. quae in fraud. cred. Voet. eod. Tit. n. 13. Danz summ. Pr. §. 113.

Die actio revocatoria, welche dem Fiscus zusteht, dauert indeß nach allgemeinen Grundsätzen 40 Jahre, da sie eine actio directa ex lege civili ist ([1]). Der Augenblick, in welchem die Klage verjährbar wird, ist aber nicht, wie manche thun ([2]), gleich vom Augenblick der Veräußerung des Schuldners, sondern erst vom Augenblick der vollendeten Veräußerung der Concursmasse zu rechnen, weil erst dann die Verletzung offenbar werden kann ([3]).

§. 50.

h) Die actio redhibitoria und quanti minoris haben gleichfalls sehr kurze, aber verschiedenartige Zeiträume. Hat sich der Verkäufer wegen der Mängel verantwortlich gemacht, so dauert jene 6 Monathe, diese 1 Jahr. Ist dieß nicht geschehen, oder ist der Kauf sub pacto displicentiae geschlossen, oder wird bloß wegen den Accessionen geklagt, so kann die erste nur 2, die letzte 6 Monathe angestellt werden ([4]). Da diese Zeit

(1) L. 18. §. 10. de iure fisci. Dabelow v. Conc. 2te Aufl. S. 452.

(2) Berger oec. jur. L. II. T. II. T. 34. n. 19. Hellfeld §. 1832. Hommel Rhapſ. Obſ. 539. n. 17.

(3) L. 6. §. 14. L. 10. §. 18. de his quae in fraud. Dabelow S. 446. 447.

(4) Hellfeld §. 1113.

ein tempus utile war, so sind manche auf die Idee gekommen, man müsse jene Fristen, nach Analogie dessen, was Justinian über die restitutio in integrum verordnet hat, in ein viermal so großes tempus continuum verwandeln. Allein dieser Ausdehnung stehen viele Gründe entgegen (1). Uebrigens kann man Statt der actio redhibitoria und quanti minoris auch die actio emti anstellen. Diese ist dann aber natürlich in diesem Fall an die Dauer jener Klagen gebunden, und nicht perpetua, wie einige wollen. Denn sonst wäre ja die sorgfältige Bestimmung jener Fristen ohne allen Sinn gewesen (2).

§. 51.

i) Die actio personalis ad petendum usumfructum dauert (3) nach L. 16. §. 1. C. de usufr., wie aus dem ganzen Inhalt dieses Gesetzes erhellet, unter Anwesenden 10, und Abwesenden 20 Jahre. Sonderbar ist dieß freylich; allein es ist besser, Justinian eines Irrthums zu beschuldigen (4), als durch eine gewaltthätige Er-

(1) Glücks Comment. 3. Thl. §. 268. a. f. Meine Theorie d. log. Ausl. §. 13. nr. 4.

(2) Hommel et Madihn ad Menken l. c. p. 240.

(3) Wie Wernher P. VIII. Obs. 344. mit Recht behauptet.

(4) Wie Vinnius ad §. 1. I. de usufr. thut.

klärung mit den mehrsten (¹) das Gesetz bloß auf den constituirten Nießbrauch zu beschränken.

§. 52.

B.) Von den Pönal-Klagen dauren a) die, welche auf eine poena publica gerichtet sind, im Ganzen 20 Jahre (²), vom Augenblick des begangenen Verbrechens an gerechnet (³). Ausgenommen sind 1) alle Fleischesverbrechen, welche aus der L. Julia zu bestrafen sind, indem diese nur 5 Jahre angeklagt werden können (⁴), wohin auch die Blutschande gehört, wenn sie nicht mit dem Ehebruch verbunden ist (⁵). Derselbe Zeitraum

(1) Rave §. 115. nr. 4. Westphal de libert. praed. §. 580.

(2) L. 3. de requir. reis L. 12. C. ad L. Corn. de falsis. Vergl. überh. Engau v. d. Verjährung in peinlichen Fällen. 1772. (auch oft hinter dessen elem. iur. crim.) Hallacher princ. iur. Rom. de praescr. crim. Erl. 1787. Stübel Diss. utrum delictor poenae praescr. recte tollant. nec ne. Vit. 1793. Gründler v. d. Verj. d. peinl. Strafe. Halle. 1796. Justi v. d. Verj. der Missethaten. (hist. u. jur. Schrift. 1. B. S. 423. fgg.) Rave §. 159—164.

(3) Müller ad Leyser Obs. 853.

(4) L. 29. §. 6. L. 34. §. 1. ad L. Jul. de adult.

(5) Paul. Sent. rec. L. 2. T. 19. §. 5. L. 39. §. 5. ad L. Jul. de adult. Viele sind hier andrer Meynung. Vergl. Rave §. 163. et ibi Eichmann Müller l. c. Obs. 855.

findet Statt 2) in Ansehung des Criminis peculatus ([1]), so wie 3) wenn der Fiscus Sachen, wegen defraudirten Zolls confisciren ([2]), oder 4) den Erben, welcher gegen das SCt. Silanianum gehandelt hat, belangen will ([3]). Auch kann 5) nur in eben diesem Zeitraum eine, bey einer quaestio status Statt gehabte Collusion in Untersuchung gezogen werden ([4]). 6) Das parricidium wird erst in 30 Jahren verjährt. Denn nach den Pandekten soll es erlaubt seyn, dasselbe stets (semper) anzuklagen ([5]). Da es nun schon nach dem Recht der Pandekten Regel war, daß alle accusationes publicae 20 Jahre dauren, das Recht des Codex aber die Regel aufgestellt hat, daß alle ehemals ewigdaurenden Klagen 30 Jahre währen sollen: so folgt der obige Satz von selbst. Es ist daher eben so irrig, wenn manche dieß Verbrechen für unverjährbar halten ([6]), als es falsch ist, wenn andre ([7]) der Anklage desselben 20 Jahre setzen. 7) Von dem Unterschieben ei-

(1) L. 7. ad L. Jul. pecul.

(2) L. 2. C. de vect. et comm.

(3) L. 13. de SCt. Silan.

(4) L. 2. pr. §. 2. sqq. de collus. deteg.

(5) L. 10. de lege Pomp. de parricid. L. 13. de SCt. Silan.

(6) Leyser Sp. 515. m. 11. sqq.

(7) Müller ad Leyser Obs. 857. et ibi cit.

nes Kindes gilt ganz dasselbe ([1]). 8) Die Strafe der Apostasie wird nie verjährt ([2]). Denn das Gesetz, worin dieselbe für unverjährbar erklärt wird ([3]) ist jünger, als alle Gesetze, wodurch den accusationibus publicis ein 20, oder allen Klagen ein 30jähriger Zeitraum gesetzt ist. Auch darf man es deswegen nicht durch allgemeine Regeln als aufgehoben ansehen, weil im Codex keine contraria statuirt werden sollen ([4]). — Ueber die Ausnahmen, welche manche in Betreff der öffentlichen Bestrafung der Injurien machen, s. d. folgenden Sphen.

(1) L. 19. §. 1. ad L. Corn. de fals. Dissent. Leyser et Müller l. c.

(2) Wie Leyser l. c. mit Recht behauptet, und Müller l. c. irrig leugnet.

(3) L. 4. C. de apostas. Wenn man die Worte: nullis finibus temporalibus und continua accusatione mit Gründler a. a. O. §. 55. auch nur von einem 20jährigen Zeitraume verstehen will, so ist freylich der Knoten leicht gelöst.

(4) Nov. 158. — Daß der Todtschlag unverjährbar sey, weil die Strafe iuris divini sey, hat Müller l. c. mit Recht bestritten. Man könnte eben so gut sagen: eine Geldschuld sey unverjährbar, weil das neue Testament die Bezahlung der Schulden befehle. Eben so irrig ist es aber wieder, wenn Müller mit Quistorp §. 866. das crimen laesae maiestatis für unverjährbar erklärt. Die L. 5. C. de L. Jul. Mai. sagt nichts davon.

§. 53.

b) Die Klagen, durch welche eine Privat-Strafe verfolgt wird, währen, nach allgemeinen Grundsätzen 30 Jahre, jedoch sind A.) die prätorischen Strafen davon ausgenommen, welche in der Regel nur innerhalb eines Jahres eingeklagt werden können (1). Einige prätorische Klagen sind aber wieder ausnahmsweise immerwährend, nämlich a) die actio furti manifesti (2) und die derselben verwandte actio arborum furtim caesarum, actio servi corrupti, und actio rationibus distrahendis (3) b) die actio de deiectis et effusis, wenn sie nicht wegen eines getödteten freyen Menschen angestellt wird (4). c) Wenn eine aus einem bürgerlich bestätigten Vertrage entspringende Klage auf eine prätorische Strafe gerichtet wird. Daher ist die actio de recepto, auch wenn sie wegen eines Diebstahls angestellt wird, immerwährend (5), und eben so die actio depositi, wenn dadurch das Doppelte von dem, welcher ein depositum miserabile un-

(1) pr. J. de perp. et temp. act. warum? ist streitig. C. F. Hommel Pr. cur. act. praetor. sint. annal. Lips. 1756. Hugo R. G. 2. Aufl. S. 212. 213.

(2) pr. I. l. c.

(3) L. 1. §. 6. arbor. furt. caesar. L. 13. de serv. corrupt. L. 1. §. 23. de tutel. et rat. distr.

(4) L. 5. §. de his qui effud. vel deiec.

(5) L. ult. §. 6. naut. caup. stab.

tergeschlagen hat, gefordert wird ([1]). d) Alle prätorischen Pönal-Klagen, welche zugleich rei persecutoriae sind ([2]). B.) Sind nach der Behauptung vieler alle Injurien-Klagen auf 1 Jahr beschränkt, sie mögen nun auf eine öffentliche Bestrafung gerichtet seyn, oder auf eine nach der Lex Cornelia, dem prätorischen Edict, oder dem deutschen Gerichtsgebrauch zu leistende Privat-Strafe ([3]). Allein diese Theorie hat mehr wider als für sich. Nach den allgemeinen Grundsätzen der Pandekten kann man keine andre, als diese Regeln aufstellen: 1) die peinliche Strafe der Injurie wird erst in 20 Jahren verjährt. 2) Die bürgerliche, und zwar a) die, welche aus dem prätorischen Edict entspringt (wegen simpler Verbal-Injurien) in 1 Jahre. b) Wird hingegen ex lege Cornelia (wegen einer Real-Injurie oder eines Pasquills) geklagt, oder ex moribus, (auf Widerruf, Abbitte, Ehrenerklärung), so kann die Klage 30 Jahre angestellt werden. Dieß alles soll nun nach jener Theorie durch L. 5. C. de iniuriis umgestoßen werden. Allein bedenkt man, daß in diesem Gesetz keine Regel aufgestellt, sondern bloß gesagt wird, in dem gegebenen Fall sey

(1) L. 18. deposit. Dissent. Boehmer de act. S. II. c. 8. §. 23.

(2) L. 35. de C. et A. L. 21. §. 5. rer. amotar.

(3) Weber über Injur. und Schmähschr. 2. Abth. §. 18.

die Klage einjährig, und nimmt man dazu, daß grade dieser Fall unter das prätorische Edict gehört: so geräth man mit den Interpretations-Regeln des Codex in graden Widerstreit, wenn man aus jenem Fragment etwas weiter folgert, als was sich von selbst versteht, nämlich daß die actio iniuriarum, wenn sie aus dem prätorischen Edict entspringt, 1 Jahr dauert (1).

§. 54.

3) In verschiedenen, bald längeren, bald kürzeren, Zeitfristen wird die actio hypothecaria verjährt. Man unterscheide: A.) Der Schuldner besitzt das Pfand: dann ist der Termin ein Zeitraum von 40 Jahren. B.) Ein Dritter besitzt es, und zwar a) als Pfandgläubiger. In diesem Fall kann beym Leben des Schuldners die actio hypothecaria 40 Jahre, nach dem Tode desselben aber 40 oder 30 Jahre angestellt werden, je nachdem nämlich der Besitzer sich die Jahre des Besitzes beym Leben des Verpfänders anrechnen will, oder nicht. b) Als Eigenthümer. Ist er hier in conditione usucapiendi, so wird die Klage, nach Maßgabe der Gegenwart oder Abwesenheit, in 10 oder 20, sonst aber in 30 Jahren verjährt (2).

(1) Die gemeine Theorie ist auch wieder in Schutz genommen von J. C. L. Ruff de differentia praescript. Helmst. 1800. §. 22. 23.

(2) Vergl. Hopfner §. 1186.

§. 55.

II.) Fälle, da, unter gewissen Umständen, eine, im Allgemeinen nicht ausgenommene Klage von der Regel abweicht. Hieher gehört 1) die actio de peculio, welche nach aufgehobener väterlicher Gewalt nur noch 1 Jahr dauert ([1]). 2) Die actio pignoratitia directa kann in dem Fall nur 2 Jahre auf Wiedereinlösung des Pfandes angestellt werden, wenn dem Gläubiger dasselbe vom Regenten zugeschlagen ist ([2]). 3) Die rei vindicatio, welche ein major anstellt, wenn seine Sachen während seiner Minorennität wegen Mangel eines obrigkeitlichen Decrets vom Curator unter seiner, des minoris, Zuziehung nichtig veräußert sind. In diesem einzelnen Fall dauert die rei vindicatio nur 5 Jahre. Um jedoch die Natur und die Grenzen dieser Präscription zu bestimmen, bedarf es hier folgender Bemerkungen. Wenn Jemand als major ein während seiner Minorennität geschlossenes Geschäft anficht, so thut er dieß entweder I.) dadurch, daß er gegen ein nach der Strenge gültiges Geschäft Restitution sucht. In diesem Fall kann er entweder 1) ob minorem aetatem Restitution verlangen, oder b) aus Gründen, um derentwillen auch ein major restituirt wird. Ist jenes, so ist er an

(1) Hellfeld §. 919.

(2) L. 3. §. C. de domin. iur. impetr.

die Fristen der restitutio minorum gebunden; im letzten Fall hingegen kann er, wenn es ihm vortheilhafter ist, in eben der Zeit Restitution verlangen, in der ein Großjähriger restituirt wird. II.) Er sieht das Geschäft als nichtig an. In diesem Fall kann er auf Nichtigkeitserklärung dringen, entweder a) weil das Geschäft für ihn als minor nichtig war, z. B. wenn der Vormund Sachen, die er ohne Decret veräußern durfte, widerrechtlich verschenkt hat, wenn die Veräußerung andrer Sachen ohne Decret geschah; wenn das Decret ohne vorgängige caussae cognitio abgegeben ward, oder eine verbotene Schenkung bestätigte. 2) Weil Gründe vorhanden sind, wodurch selbst ein major das Recht erhält, ein von ihm geschlossenes Geschäft als nichtig anzufechten, z. B. ob dolum, errorem, metum. Für alle diese Fälle gilt nun die allgemeine Regel: der Verletzte kann nach erlangter Volljährigkeit eine durch ein nichtiges Geschäft veräußerte Sache vindiziren ([1]), und zwar innerhalb 30 oder 40 Jahren vom Augenblick der Tradition an gerechnet, je nachdem die Veräußerung während seiner Pubertät oder Impubertät geschah ([2]). Hievon enthält nun L. 3. C. si major fact. eine bloße Ausnahme. Justinian verordnet hier nämlich: wenn ein curator mit Zuziehung des minoris

(1) L. 8. 10. 15. 16. C. de praed. min.

(2) L. 3. 4. C. de praescr. 30. ann.

eine Sache ohne Decret veräußert: so soll der minor 5 Jahre nach erlangter Majorennität das Geschäft nicht weiter als nichtig impugniren. Da kein Grund zur Ausdehnung dieses Gesetzes ist, auch jura singularia nicht logisch ausdehnend erklärt werden dürfen ([1]), so folgt, daß diese 5jährige Präscription bloß dann eintritt, a) wenn der Grund der Nichtigkeit bloß in dem fehlenden Decret lag. Ganz willkührlich ist es, wenn viele, auch in allen übrigen Fällen, da ein Geschäft aus andern Gründen als nichtig angefochten werden kann, eben dasselbe wollen eintreten lassen ([2]). b) Wenn die Sache vom Curator mit Zuziehung des minoris, also nicht wenn eine Sache vom Tutor veräußert wird, oder vom Curator allein. Offenbar irrig ist, wenn Lauterbach ([3]) schlechthin das Gegentheil behauptet, oder wenn die mehrsten ([4]) einen Mittelweg einschlagen, und wenigstens dann jene 5jährige Präscription eintreten lassen, wenn dem Pupillen und Curanden die Veräußerung bekannt war.

§. 56.

Für den von vielen vertheidigten Satz, daß jede Einrede der Verjährung unterworfen sey,

(1) Meine Theorie d. log. Ausl. §. 13.

(2) Hofacker T. I. §. 672.

(3) Posit. ad L. ult. C. cit. §. 17.

(4) Wie z. B. J. P. Schmidt de vindic. rer. pup. ad quinqu. restr. Rost. 1741. §. 56.

oder wenigstens jede solche Einrede, welche auch in eine Klage hätte eingekleidet werden können ([1]), haben wir keine gesetzliche Regel, vielmehr muß der Grundsatz gradezu umgekehrt so gefaßt werden: Einreden sind in der Regel unverjährbar ([2]). Es gibt ausnahmsweise nur wenige Einreden, welche verjährbar sind. Dahin gehört besonders 1) die exceptio non numeratae pecuniae ([3]); 2) die exceptio non numeratae dotis ([4]); 3) die exceptio pecuniae non solutae ([5]); und 4) die Einrede der Competenz, wenn ein von der väterlichen Gewalt befreyter Sohn nach vielen Jahren belangt wird ([6]). Daß Einreden, welche Contrahenten sich nur auf eine gewisse Zeit eingeräumt haben, oder welche in speciellen Fällen der Regent auf bestimmte Zeit ertheilt (wie z. B. die exceptio moratorii), nicht unverjährbar sind, versteht sich von selbst.

(1) Vergl. Wehrn Grundr. d. Lehre von den gerichtl. Einw. §. 7.

(2) L. 5. §. 6. de dol. exc. L. 5. C. de except. Rave §. 165. und die von Höpfner §. 1199. not. 2. angeführten Schriftsteller.

(3) Hellfeld §. 768.

(4) Hellfeld §. 1239.

(5) Hellfeld §. 1933.

(6) L. 4. quod cum eo qui in al. potest. Manche verstehen freylich das Gesetz so: post multos annos kann der Sohn gar nicht belangt werden, z. B. Voet eod. n. 4.

§. 57.

In Ansehung der erlöschenden Verjährung der Servituten ist schon oben (§. 8.) bemerkt, daß vor Justinian einige derselben durch bloßen Nichtgebrauch verloren gingen, andre erst alsdann, wenn zugleich eine usucapio libertatis Statt gefunden hatte. Nach der Meynung vieler (1) soll Justinian die Erlöschung jeder Servitut an die usucapio libertatis gebunden haben. Allein nichts kann irriger seyn, als diese Behauptung. Denn die Worte: nisi talis exceptio ei opponatur, quae, etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere, in L. 16. §. 1. C. de usufr. beziehen sich schlechterdings nicht auf eine usucapio libertatis, sondern bloß auf den Ablauf der Zeit, wie L. 13. C. de servit. außer allen Zweifel setzt (2). Weit scheinbarer wäre es, wenn man mit Pufendorf (3) behauptete, daß jetzt wegen des aufgehobenen Unterschiedes zwischen rebus mancipi und nec mancipi überall eine usucapio libertatis Statt finden müsse. Allein es ist nur wahrscheinlich, daß jene Eintheilung auf diese Materie Einfluß hatte, keineswegs aber juristisch gewiß, welches auf allen Fall erforderlich wäre, um Pu-

(1) Höpfner §. 368. nr. 3. a. f.

(2) Noodt de usufr. L. 2. c. 8. Hofacker §. 1109.

(3) Obs. iur. univ. T. III. Obs. 188. §. 18. 19.

fendorfs Idee practische Gültigkeit zu verschaffen. Hiezu kommt nun noch der sehr entscheidende Umstand, daß Justinian, welcher so sorgfältig alle Spuren jener Eintheilung in res mancipi und nec mancipi zu vertilgen suchte, die L. 6. de S. P. U. in die Pandekten aufnahm. Er selbst erklärte sie also gewiß aus andern Gründen. Diesen Irrthum zu verbessern liegt aber außerhalb den Grenzen der Interpretation.

§. 58.

Es bleibt also bey der alten Regel: servitutes urbanae gehen nur dann durch Richtgebrauch verloren, wenn von der andern Seite eine usucapio libertatis Statt gehabt hat; servitutes rusticae und personales hingegen durch den bloßen Nichtgebrauch sofern sie nämlich affirmativae sind. Denn negative Servituten können ihrer Natur nach nur dadurch verloren gehen, daß der Herr des dienenden Gutes die ihm verbotene Handlung unternimmt. Von den persönlichen Servituten sind jedoch einige ausgenommen, nämlich a) das Recht des Fußsteigs zu einem Grabmahl (1); und b) die operae servorum (2). c) Persönliche alternis annis auszuübende Servituten, bey denen das ganze Recht durch Nichtgebrauch nicht

(1) L. 4. quem serv. amitt.

(2) L. 2. de oper. servor.

verloren geht ([1]). Diese erlöschen also nur in 30 Jahren nach den Grundsätzen der Extinctiv-Verjährung, wenn dem Inhaber der Servitut sein ganzes Recht streitig gemacht ist ([2]). Noch rechnet man d) allgemein hieher die habitatio. Richtig ist es freylich, daß diese durch den bloßen Nichtgebrauch vor Justinian nicht erlosch ([3]). Allein da nach der neueren Verordnung des Kaisers ([4]) die habitio überhaupt nicht mehr Rechte enthalten soll, als der usus fructus, der letzte aber durch bloßen Nichtgebrauch verloren geht: so muß nun auch in Betreff der habitatio dasselbe Statt finden ([5]).

§. 59.

Wenn nun die gehörigen Erfordernisse des Verlustes einer Servitut durch Nichtgebrauch vorhanden sind, so geschieht das Erlöschen derselben unter Anwesenden in 10, unter Abwesenden in 20 Jahren. Die §. 57. ausgezogenen Worte der

(1) L. 28. quib. mod. ususfr. L. 13. de ususfr. legal. Westphal §. 884.

(2) S. oben §. 38. und weiter unten §. 50.

(3) L. 10. pr. de usu et hab.

(4) L. 13. C. de usufr.

(5) Die abweichenden Begriffe anderer findet man, theils widerlegt, theils vertheidigt von A. A. F. Mallinkrott diss. de praescript. servit. extinct. Jen. 1788. cap. 2.

L. 16. §. 1. C. de usufr. haben zwar manche verleitet, bey Servituten an beweglichen Sachen einen 3jährigen Termin anzunehmen; allein L. 13. C. de servit. gibt auch hier wieder den besten Aufschluß ([1]). Real-Servituten, welche um die andre Woche, um das andre Monath, und so rückwärts weiter, auszuüben sind, erlöschen erst in einem verdoppelten Zeitraum von 20 Jahren, doch wird im Fall der Abwesenheit der auch bey andern Servituten Statt findende Zeitraum von 20 Jahren nicht in einen 40jährigen verwandelt ([2]).

§. 60.

In Ansehung der einheimischen deutschen Rechts-Institute, welche den Servituten in gewissem Betracht gleichen, ist nun wieder in umgekehrter Ordnung der oben (§. 38.) erwähnte Streit entstanden, inwiefern sie durch Verjährung verloren gehen? Einige halten den simpeln Nichtgebrauch von 10 und 20 Jahren für hinreichend, andre fordern einen Ablauf von 30 Jahren, und zwar ist sowohl jene, als diese Parthey, wieder uneinig darüber, ob und in wiefern eine usucapio libertatis nothwendig sey, oder nicht ([3])?

(1) Noodt de usufr. L. II. c. 8.

(2) L. 7. quemadm. serv. am. L. ult. pr. C. de servit. Eichmann ad Rave p. 188. not. a. Dissent. Westphal l. c. §. 883.

(3) Vergl. überh. Rave §. 118 — 125.

Den mehrsten Streit hat die, schon von den Glossatoren Martinus und Bulgarus sehr verschieden beantwortete Frage veranlaßt: in wiefern das Recht, dingliche Gefälle zu fordern (z. B. jährliche Grundzinsen) durch Extinctiv-Verjährung erlösche? ob es in 10 und 20 Jahren verloren gehe, oder in 30, oder ob nur nach Ablauf dieser Fristen das Recht aufhöre, die einzelnen, bisher nicht erhobenen Gefälle einzuklagen? ob eine usucapio libertatis erforderlich sey, oder nicht? und ob nicht dadurch der Zeitraum verkürzt werde (1)? In Gemäßheit der §. 28. 39. aufgestellten Grundsätze müssen für alle dieser Streitfragen folgende Regeln angenommen werden: a) Nach Analogie dessen, was im Römischen Recht über die Servituten vorkommt, dürfen und können keine andre Rechts-Institute beurtheilt werden. Wenn sich daher z. B. der Verpflichtete einem Bannrechte widersetzt, und der Berechtigte sich 10 und 20 Jahre hiebey beruhigt, so ist dadurch das Recht noch nicht verloren. b) Da nun kein Gesetz gesagt hat: alle Rechte sollen durch Nichtgebrauch verloren gehen; und da wir nur die allgemeine Regel haben: insofern Jemand, welcher hätte klagen können, nicht geklagt hat, insofern geht sein Klagrecht in 30 Jahren verloren: so können

(1) Wer die Hauptschriften kennen lernen will, vergl. Rave §. 119—123. Hofacker §. 871. Müller ad Leyser Obs. 449. und 601. Malblank princ. iur. Rom. §. 444.

alle einheimischen Deutschen Rechte nur insofern der Extinctiv-Verjährung unterworfen werden, als sie unter diese Regel passen. Wendet man dieß nun z. B. auf die Grundzinsen an, so sind folgende Resultate von selbst einleuchtend: a) wer Grundzinsen einzuheben versäumt, verliert dadurch allein nicht das ganze Recht, sondern nur das Recht auf die einzelnen Prästationen. Denn der Schuldner hat sich nicht im Besitz der Freyheit überhaupt befunden, und die Klage kann nicht weiter verloren gehen, als sie hätte angestellt werden sollen. Der letzte Grund ist besonders entscheidend. Wer jährliche Gefälle zu fordern hat, dem steht keine Klage auf den ganzen Inbegriff derselben vereint und auf einmal zu, sondern sein Klagrecht entspringt bey jedem neuen praestando nur auf dieß. Es können ihm daher auch seine Klagrechte nicht weiter abgesprochen werden, als er sie nicht verfolgt hat (1). Der gewöhnliche Einwand, daß solche dingliche Rechte gleichsam uno spiritu cohäriren, und nicht aus einer Reihe einzelner Klagrechte bestehen, ist ganz widernatürlich, und würde auch wohl ohne die leidige, nur zu häufige Combination dessen, was das Römische Recht über Klagen und Servituten vorschreibt, nie gemacht seyn. b) Nur dann kann das ganze Recht verloren gehen, wenn der Verpflichtete sich überhaupt eine Befreyung anmaßt, und der Berechtigte diese Anmaßung zu be-

(1) L. 7. §. 6. C. de praescr. 36. ann.

streiten versäumt. c) Der Zeitraum ist in beyden Fällen kein 10 oder 20jähriger, sondern, da hier nicht von den Servituten geschlossen werden kann, ein 30, 40 oder 100jähriger, je nachdem die Klage innerhalb diesen Fristen anzustellen gewesen wäre. d) Es geht aber durch diese erlöschende Verjährung keineswegs wie, wenn eine Servitut durch Nichtgebrauch erlischt, das ganze Recht verloren, sondern bloß die Klage, entweder auf die einzelnen, oder alle Leistungen (§. 40). Wer daher über die Verjährungszeit Grundzinsen einzuheben versäumt hat, kann noch immer durch Compensation u. dergl. seine Ansprüche geltend machen.

§. 61.

Die väterliche Gewalt wird nach der Behauptung vieler auch durch Verjährung, und zwar dadurch aufgehoben, wenn der Sohn sich den status eines hominis sui iuris anmaßt, und der Vater sich 10 oder 20 Jahre dabey beruhigt (1). Andre leugnen überhaupt, daß die väterliche Gewalt durch Verjährung verloren gehe. Jedoch sind diese wieder unter sich nicht gleicher Meynung, indem einige sich gar nicht darüber erklären, welche Folgen aus jenem factischen Zustand entstehen (2);

(1) Colleg. argent. Tit. de adopt. n. 99. Bachovius in prim. Part. D. p. 264. 269. Glücks Comm. 2. B. §. 156. Müller ad Leyser Obs. 100.

(2) Wie z. B. Scheltinga D. de emancipat. prolegom. §. 16. (Fellenberg iurispr. antiqu. T. II.)

andre hingegen behaupten, daß dadurch eine stillschweigende Emancipation geschehe ([1]), und noch andre, daß dadurch eine bloße Präsumtion begründet, mithin der Beweis der nicht geschehenen Emancipation nicht ausgeschlossen werde ([2]). In Beziehung auf die mehrmals vorgetragenen allgemeinen Grundsätze entscheide ich hier so. Nach den neueren, ganz bestimmten, und allgemein durchgreifenden Vorschriften der L. 3. 4. C. de praescr. 30 vel 40 ann. leidet es durchaus keinen Zweifel, daß die väterliche Gewalt nach 30 Jahren nicht mehr klagend geschützt werden kann, wenn der Sohn in dieser Zeit als sein eigner Herr gelebt hat. Es erlischt aber durch diese Verjährung nicht das Recht überhaupt, sondern nur die Klage. Der Vater kann also den Sohn nicht wieder mit richterlicher Hülfe in seine Gewalt ziehen, und darf die Peculien, welche der Sohn besitzt, nicht einklagen; er kann aber auch dagegen, wenn er sollte Peculien des Sohns in Händen behalten haben, sich gegen denselben stets mit einer Einrede schützen. Außer dieser erlöschenden praescriptio longissimi temporis gibt es aber keine kürzern von 10 und 20 Jahren nach dem Beyspiel der Servituten. Analogisch

(1) Lynker comm. ad. P. Tit. de adopt. §. 18. Leyser Sp. 21. m. 2.

(2) Giphanius explan. LL. difficit. Cod. P. 2. p. 472. C. van Eck princ. iur. civ. sec. ord. D. Tit. de adopt. §. 12.

von den letzten zu schließen, ist unerlaubt; ausdrückliche Gesetze für diesen Fall gibt es aber nicht. Die L. 25. de adopt. gehört gar nicht hieher. Sie spricht von einer wirklichen, aber vorgeblich unregelmäßigen Emancipation, welche in dem gegebenen Fall nach der Regel: testanti de propria turpitudine non creditur für förmlich angenommen werden mußte. L. 1. C. de patr. potest ist eben so unbeweisend. Der Kaiser antwortet hier nicht: der lange factische Zustand hebe die Gewalt auf, sondern: das Verlangen des Anfragenden werde dadurch bedenklich gemacht, und die Sache bedürfe einer weiteren Untersuchung. Hätte der Kaiser geglaubt, daß das: cum diu passus sis eine Verjährung oder stillschweigende Emancipation enthalte, so hätte er den Anfragenden gradezu alles absprechen müssen. Wäre er dagegen der Meynung gewesen, jenes lange Leiden bewirke keine, durch einen Beweis zu entkräftende, Vermuthung, so hätte er ihm die Sache nicht bedenklich machen können. Das lange Dulden der Eigenmacht des Sohnes bewirkt daher keinen Verlust, sondern bloß eine Vermuthung der geschehenen Aufhebung der väterlichen Gewalt.

§. 62.

Auch Privilegien gehen durch Nichtgebrauch verloren; aber wie, wenn und in welcher Zeit? ist gleichfalls nicht ausgemacht (1). Nach

(1) Vergl. in Betreff der Literatur Glücks Comment. 2. B. §. 110.

Römischem Recht gehen negative Privilegien (d. h. die zu einem Unterlassen berechtigen) durch Nichtgebrauch nicht verloren ([1]). In Betreff der affirmativen Privilegien findet sich nirgend eine Regel, sondern bloß in L. 1. de nundinis die Entscheidung, daß das Recht, Jahrmarkt zu halten, durch zehnjährigen Nichtgebrauch erlösche. Hieraus läßt sich, da der Grund dieser Vorschrift singulair gewesen seyn kann, auf alle Privilegien offenbar kein sicherer Schluß machen. Privilegien gehen also im Ganzen nach Römischem Recht nicht verloren, wenn man sich ihrer nicht bedient. Hätte man sie indeß klagend schützen müssen, so steht der Fall unter den Grundsätzen der Verjährung der Klagen. — Das Kanonische Recht sagt über affirmative Privilegien nichts, enthält aber dagegen in Betreff der negativen Privilegien die Entscheidung, daß, wenn eine Kirche, von der ihr zustehenden Befreyung von Kirchenzehenden binnen 30 oder 40 Jahren keinen Gebrauch mache, alsdann das Privilegium erlösche, weil unter diesen Umständen die geschehene Entsagung des Privilegii anzunehmen sey ([2]). Da hier eine Entscheidung nach Grundsätzen aufgestellt, und das Kanonische, wie das Römische Recht, nicht als ein aus Regeln bestehendes Gesetzbuch zu behandeln ist, auch affirmative Privilegien noch weniger Begünstigung,

(1) L. 2. de veteran. L. 2. C. de his qui sponte.

(2) Cap. 6. 15. X. de privil.

als negative verdienen: so kann im Geist des Kanonischen Rechts mit voller Sicherheit die Regel aufgestellt werden: alle Privilegien gehen durch Unterlassen oder entgegengesetztes Handeln verloren. Nur bleibt noch immer die Frage: in welcher Zeit? in 10 oder 20 Jahren, oder longissimo tempore? Das Kanonische Recht entscheidet darüber nichts, weil es nur von Kirchen spricht, welche stets gleichförmig das Eigenthum, Servituten und Klagen in demselben Zeitraum verlieren. Da sich nun aus dem Römischen Recht in dem Fall, wenn dem Privilegio nichts widersprochen ist, durchaus nichts entscheiden läßt, und man gar nicht abnehmen kann, welcher Analogie die Päpste gefolgt sind: so ist das offenherzige Bekenntniß, daß man keine feste Entscheidung zu fassen wisse, der einzige dem Juristen erlaubte Ausweg.

§. 63.

Außer den bisher genannten Rechten gibt es noch manche andre, welche nicht nach den allgemeinen, sondern ihnen speciell eigenthümlichen Grundsätzen durch Verjährung erlöschen. Es verdienen hier noch besonders folgende (1) genannt

(1) Die gesetzlichen Verjährungsarten im Proceß, welche schicklicher beyläufig vorgetragen werden, übergehe ich hier, so wie manches, was nicht practisch ist. Vergl. darüber Meier Colleg. Arg. Tit. de diverſ. temp. pr. n. 11. Voet eod. Tit. n. 6. Struv Ex. 46. n. 28.

zu werden: 1) Wenn ein Pupill sich hat Defraudationen des Zolls zu Schulden kommen lassen, so kann er durch Einreichung desselben innerhalb 30 Tagen die Confiscation abwenden (1). 2) Der Herr der Emphyteusis verliert nach 2 Monathen das ihm zustehende Verkaufsrecht (2). 3) Wenn ein Miteigenthümer auf eine gemeinschaftliche Sache Verwendungen gemacht hat, und der andre ihm nicht pro rata die Auslagen innerhalb 4 Monathen erstattet, so verliert der letzte nach dieser Zeit sein Eigenthum, und es fällt allein jenem zu (3). 4) Der Erbe muß innerhalb 1 Jahr den Willen des Erblassers erfüllen, wenn ihm nicht die Erbschaft entzogen werden soll (4). 5) Wenn Jemand zur Tutel gerufen ist, so muß er, vom Augenblick der erfahrnen Delation, und zwar innerhalb 30 Tagen, wenn er 400 Meilen und darunter vom Gerichtsorte wohnt, seine Excusation anbringen. Ist er weiter davon entfernt, so erhält er noch für jede 20 Meilen einen Tag (5). Bewiesen und ausgeführt muß sie in der Regel innerhalb 4 Monathen werden (6). 6) Das Recht eine Erbschaft anzutreten ist, wenn der

(1) L. 7. §. 1. de publican.

(2) L. 3. C. de iur. emphyt.

(3) L. 4. C. de aedific. privat.

(4) Nov. 1. c. 4.

(5) L. 16. L. 45. §. 1. de excus.

(6) L. 38. 39. eod.

Erbe den Anfall der Erbschaft nicht erfahren hat, an sich immerdaurend, kann aber nutzlos werden, wenn ein Dritter sich durch den gehörigen Besitz eine Einrede erworben hat ([1]). Ist hingegen dem Erben der Anfall der Erbschaft bekannt geworden, so muß er sich von da an innerhalb einem Jahre erklären, wenn er nicht von derselben ausgeschlossen werden will ([2]). Hat der Erblasser ein Testament hinterlassen, gegen welches Jemand die querela inofficiosi testamenti anstellen will, so muß der eingesetzte Erbe vom Augenblick des Todes an in 6 Monathen, wenn er gegenwärtig, in einem Jahr hingegen, wenn er abwesend ist, seine Erklärung abgeben. Versäumt er dieß in dieser Zeit, so wird er zur Antretung gezwungen ([3]). 7) Das Gesuch um bonorum possessio können Kinder und Eltern nur 1 Jahr, alle übri-

(1) L. 1. C. de suis et lib. L. 9. C. de iur. delib. L. 3. C. de pet. hered. L. 3. C. in quib. causs. cess. l. t. pr. L. 3. C. de praescr. 30. ann.

(2) L. 19. C. de iure delib. Meine Vers. 2. B. nr. 7. Man braucht auch nicht, wie ich dort geglaubt habe, vermöge Nov. 158. cap. 1. in Rücksicht der Descendenten eine Ausnahme zu machen. Denn die Novelle bezieht sich nicht, wie in den Gött. Anz. 1801. n. 113. in diesem Betracht richtig gegen mich erinnert ist, auf L. un. C. de his quae ante opert. tab., worauf ich sie, durch Heineccius u. a. verführt, bezogen hatte: sondern auf L. 18. C. de iur. delib. vergl. allenfalls Cuiacii expos. Nov. 118.

(3) L. 36. §. 2. de inoff. test.

gen nur 100 Tage anbringen; doch ist diese Zeit ein tempus utile ratione initii et cursus ([1]). Es ist indeß wohl nichts einleuchtender, als, daß das Gesuch um bonorum possessio auch vor Ablauf dieser Zeit nicht mehr zulässig ist, wenn die Erbschaft nach den neuesten Vorschriften Justinians nicht weiter angetreten werden kann ([2]). 8) Wenn Jemand geringere Zinsen, als er schuldig war, ohne Widerspruch des Gläubigers per certos annos, wie es in L. 5. C. de usuris heißt, bezahlt hat, so braucht er ferner keine höhere Zinsen zu geben, oder vielmehr, er kann sich durch eine utilis exceptio schützen, wenn er darauf belangt wird, wodurch denn die ganze Verbindlichkeit nicht vernichtet ist. Das Resultat ist hier klar genug, nur bleibt es immer zweifelhaft, welcher Zeitraum durch die certos annos gemeynt ist, ob 3, 5, 10 oder 20 Jahre? Die mehrsten nehmen, vermöge einer freylich nicht ganz entscheidenden Analogie der L. 1. C. de fideicom. den 3jährigen Zeitraum für hinreichend an ([3]).

(1) §. 5. 6. J. de B. P. L. 2. quis ordo in poss. L. 2. C. qui adm. ad B. P.

(2) Koch bonor. poss. §. 29. a. f.

(3) Struben 1. B. 168. Bed. Müller ad Leyser T. III. F. 1. Obs. 483.

Dritter Abschnitt.

Ueber die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eine vollendete Verjährung.

§. 64.

Die Grundsätze über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand müssen, insofern sie allgemein sind, auch auf die Lehre von der Verjährung angewandt werden, d. h. wenn Gründe vorhanden sind, welche überhaupt zu dem Gesuch um Restitution berechtigen, so müssen sie auch die Rescission der, durch sie vollendeten Verjährung bewirken. Welches die einzelnen Arten der Restitution, und die Bedingungen derselben sind, muß hier als bekannt vorausgesetzt werden. Nur die Restitutionen gegen eine vollendete Verjährung, in Rücksicht derer besondere Grundsätze eintreten, oder merkwürdige Streitigkeiten Statt gefunden haben, verdienen

hier ausgehoben zu werden; und von dieser Art ist bloß die Restitution der Minderjährigen und Abwesenden.

§. 65. §73.

I. In Ansehung der Restitution der Minderjährigen, und zwar 1) gegen eine gesetzliche Verjährung, fand vor Justinian ein merkwürdiger Unterschied zwischen der usucapio und praescriptio longi temporis Statt. Die letzte lief weder gegen Pupillen, noch Minderjährige ([1]), die erste hingegen ward sowohl gegen Pupillen, als Minderjährige vollendet, doch konnten beyde Restitution dagegen erhalten ([2]). Nun aber verordnete Justinian,

(1) L. 48. pr. de A. R. D. L. 3. C. quib. non obiic. l. t. pr.

(2) L. 2. de eo qui pro tut. L. 4. §. 24. de dol. except. L. 4. §. 11. de usurp. L. 2. §. 15. L. 7. §. 3. pro emt. L. un. C. si adv. usuc. Die Behauptung des Cuiac. Obs. L. 1. c. 14. daß man nur bewegliche Güter der Pupillen habe usucapiren können, läßt sich aus diesen Gesetzen eben so wenig vertheidigen, als die des J. H. Boehmer Diss. de cursu praescr. contra minor. suspens. §. 4. daß die usucapio der Pupillen-Güter überhaupt nicht Statt gefunden habe. Nur dann, wenn der Besitz die Requisite der Usucapion überhaupt nicht hatte, z. B. wenn der Besitzer in bösem Glauben war, fiel diese Verjährungsart bey Pupillen-Gütern weg. L. 27. de contr. emt. L. ult. C. de usuc. pro emt. Zu den Zeiten des Cicero war es zwar Grundsatz: de tutela legitima nihil usucapi posse Ep. ad

daß überhaupt keine Verjährung unter 20 Jahren gegen Minderjährige laufen solle ([1]). Hieraus folgt also, daß sie gegen diese Verjährungsarten ipse iure gedeckt sind, und keine Restitution dawider zu suchen brauchen. Die praescriptio longissimi temporis im Gegentheil, nämlich die 10 und 30jährige, läuft allerdings gegen Pupillen und Minderjährige ([2]), nur ist es streitig, ob sie dagegen Restitution erhalten können? Viele bejahen die Frage ([3]). Allein nach L. 3. 4. C. de praescr. 30. ann. ist es richtiger, wenn man sie verneint. Denn in dem ersten heißt es: nicht einmal die absentia solle gegen die 30jährige Präscription schützen. Die absentia hemmte aber nicht den Lauf der Verjährung, sondern begründete nur das Gesuch um Restitution gegen dieselbe. Da nun alle übrigen Fälle mit dem der Abwesenheit zusammengestellt sind, so müßte man hier denselben allgemeinen Satz in einem zwiefachen, wesentlich verschiedenen Sinn verstehen, welches der ausgemachtesten Interpretations-Regel widerstrei-

Att. I. 5.; allein dieß bezog sich nicht auf alle Tutelen, auch findet man nicht, daß es bis auf Justinian fortgedauert hat. Gros a. a. O. S. 33. 34. 48. 49. 50.

(1) L. 5. C. in quib. causs. rest. in integr.

L. 5. C. cit. L. 3. 4. C. de praescr. 30. ann. S. auch oben §. 29. nr. e.

(3) Voet Tit. de minor. §. 29.

tet. Eben so entscheidend ist L. 4. C. cit. Denn die Worte: nullum ius moveatur, und fit liber lassen sich mit einer noch freygelassenen Restitution durchaus nicht vereinigen. Malbeldey §. 180, c. 8 316, k.

§. 66.

Wenn Jemand venia aetatis erhalten hat, so wird er in der Regel als Großjähriger betrachtet, und nur bloß noch in Rücksicht der Veräusserung seiner unbeweglichen Güter der Minderjährigen gleich gesetzt (1). In Ansehung seiner beweglichen Sachen, und aller Verbindlichkeiten, welche bloß zu Handlungen verpflichten, gelten also die Grundsätze der Verjährung gegen Großjährige auch wider ihn; gegen seine Immobilien hingegen findet keine praescriptio longi temporis Statt (2).

§. 67.

Es gibt jedoch manche Ausnahmen von diesen Grundsätzen. Nämlich a) alle Restitution fällt weg in den Fällen, da sie vor Justinian nicht ertheilt ward, wohin besonders die Verjährung der Klagen gehört, von denen man sagt: meram vindictam spirant (3). Denn Justinians neuere

(1) Tit. C. de his qui ven. aet.

(2) Boehmer l. c. §. 26.

(3) L. 37. de minor. L. 7. §. 1. de iniur. vergl. mit L. 1. C. de in int. rest.

Vorschriften gehen nicht auf diese Fälle, sondern bloß auf die, in denen ehemals, unter Vorbehalt der Restitution, die Verjährung lief. b) Läuft die Verjährung in den Fällen, da Justinian selbst bloß die Restitution zugelassen hat. Nach dem Recht der Novellen findet dieß Statt in Rücksicht der innerhalb eines Jahres zu beschaffenden Auszahlung der Legate, und der exceptio non numeratae dotis (1). Auch im Codex finden sich Ausnahmen in Betreff des versäumten Gesuchs um bonorum possessio (2), so wie des temporis instantiae, und damit aller im Proceß gesetzlich bestimmten Fristen (3). Diese Ausnahmen sind auch nicht, wie manche glauben (4) durch L. 5. C. in quib. causs. in int. rest. aufgehoben. Denn nach Justinians Willen soll das Recht des Codex in einander gepaßt werden (5). Viele machen c) auch noch in Rücksicht der durch neuere Gewohnheiten und Statute eingeführten Verjährungsarten eine Ausnahme. Allein nach der Regel: priores leges ad posteriores trahantur (6) läßt sich dieß durch-

(1) Nov. 1. c. 4. §. 1. Nov. 100. c. 2.

(2) L. 2. C. si ut omiss. hered.

(3) L. 13. §. ult. C. de iudic.

(4) Boehmer l. c. §. 19. 24., ist inconsequent genug, in Rücksicht des ersten Falls für, in Rücksicht des letzten wider die Ausnahme.

(5) Nov. 158.

(6) L. 26. de LL.

aus nicht vertheidigen ([1]). d) Wenn ein Minderjähriger über 14 Jahren die Erneuerung der Investitur binnen Jahr und Tag versäumt hat, so soll er das Lehn verlieren. Dadurch ist aber die Restitution gegen diese Verjährung noch nicht ausgeschlossen ([2]).

§. 68.

2) Mit der jetzt sogenannten praescriptio conventionalis verhielt es sich nach dem zur Zeit der classischen Juristen geltenden Rechte so: entweder fing in der Person des Minderjährigen eine solche Verjährung an, oder er setzte sie bloß als Successor fort. In jenem Fall lief sie zwar gegen ihn, doch ward er restituirt; in diesem hingegen fiel auch die Restitution weg ([3]). Viele vertheidigen auch noch jetzt die fortwährende Gültigkeit der letzten Bestimmung ([4]). Allein da der in L. 38. de minor. enthaltene Machtspruch an seiner jetzigen Stelle als Gesetz betrachtet werden muß ([5]): so behaupten andere ([6]) richtiger, daß

(1) Boehmer §. 17.

(2) Boehmer §. 26.

(3) L. 3. §. 8. L. 38. de minor.

(4) Hofacker §. 824. not. l. et ibi cit. Mascov §. 8. 9.

(5) Meine Theorie d. log. Ausl. §. 21.

(6) J. W. Boehmer l. c. §. 13. 14.

schon nach dem Recht der Pandekten auch in dem letzten Fall Restitution zu ertheilen sey. Weiter aber kann man nicht gehen. Die Meynung des Böhmer ([1]), daß nach dem Recht des Codex gar keine praescriptio conventionalis gegen Minderjährige laufe, und also die Restitution als überflüssig wegfalle, ist höchst gewagt, da die Fristen derselben so willkührlich sind, und diese Verjährungart im Römischen Recht nicht unter dem Namen der praescriptio vorkommt, mithin gar nicht behauptet werden kann, daß sie unter der Vorschrift Justinians in L. 5. C. in quib. causs. in int. rest. enthalten sey.

§. 69.

3) Die sogenannte praescriptio testamentaria lief nach dem Recht der Pandekten gleichfalls gegen Minderjährige, doch ward ihnen auch hier die Restitution nicht versagt ([2]). Daß das Recht des Codex den Lauf dieser Verjährungsart gehemmt habe ([3]), läßt sich aus den in Betreff der praescriptio conventionalis oben angegebenen Gründen gleichfalls nicht behaupten.

§. 70.

4) Die praescriptiones judiciales, wie man sie nennt, laufen gleichfalls gegen Minderjährige,

(1) l. c. §. 15.

(2) L. 3. §. 8. de minor.

(3) Wie Boehmer l. c. §. 14. behauptet.

doch werden sie dagegen restituirt. Nach dem Recht der Pandekten verhielt es sich ausgemacht so, und der Codex hat hierin nichts geändert, weil die darin enthaltenen neuen Vorschriften Justinians sich nur auf die gesetzliche Verjährung beziehen. Auch geben Justinians Vorschriften über das tempus instantiae (§. 67.) noch einen starken Beweis hiefür. Denn wenn die gesetzlich bestimmten Fristen im Proceß den Minderjährigen laufen sollen: wie vielmehr müssen es die vom Richter bestimmten Fristen thun? Die gemeine Meynung, daß der Minderjährige gegen den Ablauf einer solchen Verjährung Restitution suchen müsse (1), ist daher allerdings gegründet.

§. 71.

Alle die, welche den Gesetzen und der Praxis zufolge nach dem Beyspiel der Minderjährigen Restitution suchen dürfen (§. 49. nr. 5.), können gegen die Verjährungsarten, gegen welche ein Minderjähriger restituirt wird, unstreitig Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten. Daß ihnen aber keine praescriptio longi temporis laufe, läßt sich nicht behaupten, da sie nie majores werden, und Justinians Vorschriften in L. 5. C. cit. auf sie nicht passen, auch als jus singulare keine Ausdehnung leiden. Daß eine kurze Verjährungsart gegen sie nicht Statt finde, darf also

(1) Boehmer l. c. §. 24.

nicht von dieser, sondern muß von einer andern Seite erwiesen werden, wie dieß z. B. in Betreff der Kirchen geschehen kann, welchen die praescriptio von 10 und 20 Jahren nicht läuft (§. 29. nr. 6.) (1). Wider vollendete Verjährungen, gegen welche Minderjährige keine Restitution erhalten, ist ihnen dieselbe gleichfalls abzusprechen, da sie ja bloß nach dem Beyspiel der Minderjährung Wiederherstellung erhalten sollen. Zwar hat die clem. un. de rest. in int. durch ihre unbestimmte Allgemeinheit manche verführt, der Kirche nach Ablauf der 40jährigen Präscription noch restitutio in integrum zu gestatten. Allein da dieß Fragment kein allgemeines Gesetz, sondern nur eine Entscheidung enthält, so muß es in Gemäßheit ausgemachter Rechtsbegriffe bloß von einem Fall verstanden werden, da die Restitution nach gemeinem Recht zulässig war, welches auch selbst durch die Worte desselben, worin nur auf eine versäumte Proceß-Frist hingedeutet ist, unterstützt wird (2).

§. 72.

II.) Auch ob absentiam, worunter nicht bloß die Entfernung von einem Ort, sondern auch jedes

(1) Boehmer l. c. §. 27.

(2) C. F. Kühne de benefic. rest. in int. eccles. contr. praescr. denegando. Helmst. 1791. J. C. L. Ruff de different. praescr. Helmst. 1800. §. 29. 30.

die Rechtsverfolgung hindernde physische Unvermögen verstanden wird ([1]), kann man gegen die Verjährung Restitution erhalten, wenn sie überhaupt von der Art ist, daß sie ein Restitutionsgesuch begründet; es mag nun die Verjährung wegen der absentia des Verlierenden, oder des Erwerbenden vollendet seyn. Zwar kann im letzten Fall der Verlierende durch Protestation den Lauf der Verjährung hemmen (§. 17); durch diese neuere Wohlthat ist aber, nach der richtigern Meynung, die Wohlthat der Restitution im Fall der unterbliebenen Protestation nicht aufgehoben ([2]).

§. 73. §. 65.

In der Regel kann gegen jede Verjährung, und zwar gegen die conventionalis, testamentaria und iudicialis unbedingt Restitution gesucht werden ([3]). In Ansehung der gesetzlichen Verjährung muß man zwischen der praescriptio longi und longissimi temporis unterscheiden.

(1) L. 1. §. 1. ex quib. causs. mai. L. 24. de R. J. L. 1. §. 9. de itinere actuque privato.

(2) Höpfner §. 407. Cocceii Tit. ex quib. causs. mai. qu. 1. et Emminghaus ibid. not. Z.

(3) L. 41. L. 43. ex quib. causs. maior. L. 7. §. 1. de distr. pignor. L. 7. pr. de in integr. rest. In Ansehung der conventionalis behauptet zwar das Gegentheil Voet Tit. ex quib. c. minor. n. 15. allein aus sehr unerheblichen Gründen.

Gegen die erste kann Restitution gebeten werden, selbst gegen die praescriptio 10 vel 20 annorum. Denn wenn auch Justinian vorgeschrieben hat, daß unter Abwesenden die Verjährung in 20 Jahren vollendet werden solle (1): so ist dadurch offenbar die Restitution nicht ausgeschlossen, da diese ja stets eine vollendete Verjährung voraussetzt. Die Rescission der praescriptio longissimi temporis kann dagegen ob absentiam nicht verlangt werden (2), doch ist in Praxi häufig das Gegentheil angenommen (3). — Da die entschuldbare Unwissenheit der Existenz eines zu verfolgenden Rechts eine Art der absentia ist (4), und Justinian nirgend vorgeschrieben hat, daß ob ignorantiam keine Restitution ertheilt werden solle (5): so muß die so sehr bestrittene Frage: ob wegen einer entschuldbaren Unwissenheit eine vollen-

(1) L. 12. C. de pr. l. t.

(2) L. 3. C. de praescr. 30. ann.

(3) Cocceii l. c. qu. 3. 4. Hofacker §. 865.

(4) L. 6. de calumn.

(5) Die, welche das Gegentheil behaupten, berufen sich zwar auf L. 12. in f. C. de praescr. L. 9. und Nov. 119. c. 7.; allein in der ersten Stelle wird die restitutio nicht ausgeschlossen, und die zweyte spricht nicht von der Unbekanntschaft mit der Existenz des Rechts, sondern bloß von einer ohne Wissen des andern geschehenen Veräußerung.

dete Verjährung zu rescindiren sey (¹)? unter eben jenen Distinctionen, nämlich dahin beantwortet werden, daß aus diesem Grunde zwar wohl gegen eine praescriptio conventionalis, testamentaria, iudicialis, und legalis longi, nicht aber longissimi temporis Restitution gesucht werden kann. Die Fälle, da die Unwissenheit entschuldbar ist, werden hier freylich selten eintreten, aber sie sind im Allgemeinen doch immer denkbar.

(1) Vergl. S. H. Musaeus de rest in int. contr. praescr. ex cap. ignorantiae Kil. 1704. F. U. Pestel Ex. solam ignorant. quantumv. just. et probat. nullam operar. rest. Rintel. 721. J. Wunderlich de rest. in int. contra praescr. ex cap. ignor. non. comp. Jen. 1754. Leyser Sp. 454. m. 5. sq. Müller ad Leyser Obs. 718.

"Daß gegen die praescriptio longissimi
" temporis, der Abwesenheit wegen,
" keine restitutio ertheilt wird, ist
" in L. 3. C. de praescriptione 30 vel 40 an-
" norum (7. 39) klar vorgeschrieben,
" und nur die grundlose Billigkeit
" mancher Praktiker konnte zu wei-
" len dagegen streiten.
Allein gegen die 20jährige Prae-
scription wird der Abwesende re-
stituirt. Kori behauptet mit Un-
grund das Gegentheil.
Sic Thibaut im Collegio ao 1816.

Zweyte Abtheilung.

Ueber die Praescriptio indefinita oder immemorialis (¹).

§. 74.

Im Römischen Recht finden sich über das, was man jetzt unvordenkliche Verjährung (praescriptio immemorialis) nennt, folgende, für diese ganze Lehre äußerst wichtige Fragmente:

(1) Schriften: A. Ockel de praescript. temp. immemor. Alt. 1683. H. Coccei de praescr. immemor. Heidelb. 1706. (auch Exer. cur. T. 1. n. 39.) S. P. Gasser de memoria initii contra praescr. immemorialem. Hal. 1740. J. Schwarzii D. de praescr. iur. gentium sive immemoriali Lugd. Batav. 1749. auch 1752. G. L. Menken de praescr. immemor. hominum licet memoria deficiente per

L. 3. §. 4. de aqua: Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur. L. 2. §. 8. L. 26. de aqua et aqu. pluv. arcendae: Idem Labeo ait, quum quaeritur, an memoria exstet facto opere, non diem et Consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum, hoc est, si factum esse non ambigatur; nec utique necesse esse, superesse qui meminerint, verum etiam, si qui audierint eos, qui memoria tenuerint. L. 28. de probationibus: Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria exstet, hoc ei quaerendum est, an aliquis meminerit, id opus factum esse? Paulus: imo, quum in arbitrio quaeritur, memoria facti operis exstet, nec ne, non hoc quaeritur, num aliquis meminerit, quo die aut quo Consule factum sit, sed, num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit; et hoc ita, quod Craeci dicere solent ἐν πλάτει; non potest enim hoc memoria non teneri, intra annum, puta, factum, quum interim nemo sit eorum, qui meminerit, quibus Consulibus id viderit. Sed quum omnium est opinio, nec audisse, nec vidisse, quum id opus fieret, neque ex eis audisse, qui vidissent, aut audissent; et hoc similiter sursum versum accidet, quum

documenta elidenda. Neller Idea praescr. immemor. (op. P. 1. T. 3.) J. P. Kress de genuin. natur. et indole vetustat. Helmst. 1734. auch 1749. Pufendorf T. 1. Obs. 151.

memoria operis facti non exstaret (1). Auch im Kanonischen Recht ist an mehreren Orten die Rede davon, daß es die Stelle eines justi tituli vertreten solle, wenn der Besitzstand über eine Zeit, cuius existit memoria, oder si contrarii non existit memoria, Statt gefunden habe (2). In den Reichsgesetzen kommen ähnliche Aeußerungen von: keines Menschen Gedenken, je in Menschen Gedächtniß u. d. gl. vor (3). Allein nirgend werden die Erfordernisse und Grenzen dieser sogenannten Verjährung deutlich angegeben, und man kann sogar die wenigen Bestimmungen der Reichsgesetze kaum auf andre gleiche Fälle erstrecken, da sie keine Regeln, sondern im Grunde nur vertragsmäßig abgemachte Punkte enthalten,

(1) Noch gehört hieher L. 2. §. 4. 5. 7. de aqu. et aqu. pluv., welche, im übrigen schwer zu erklärende Stelle, Westphal de libert. praed. §. 41. für die Lehre von der praescr. immemorialis nicht besonders bedeutend ist. — Da Servituten auch durch eine kurze praescr. definita nach dem Recht der Pandekten erworben werden konnten: so ist es manchen aufgefallen, wie denn noch von einer praescriptio immemorialis habe die Rede seyn können. Vergl. Gros a. a. O. T. 55—57. Die Sache ist aber natürlich, wenn man bedenkt, daß die letzte in jene eingreift, z. B. wenn eine Servitut ohne titulus und ohne patientia domini ausgeübt ist.

(2) Cap. 26. X. de V. S. cap. 1. de praescript. in 6.

(3) G. H. Tit. 8. §. 1. R. A. v. 1548. §. 56. 59. 64. R. A. v. 1556. §. 103.

welche sich ihrer Natur nach nicht, wie Regeln, auf alles Gleiche beziehen ([1]). Sehr natürlich ist es daher bey dieser so einleuchtenden Dürftigkeit der Gesetze, daß fast alle in diese Materie einschlagenden Fragen, äußerst bestritten sind.

§. 75.

Soviel ist, um zuvörderst das Allgemeine dieser Materie zu berühren, nach den Gesetzen klar, daß 1) der unvordenkliche Besitz die Stelle eines gerechten Titels vertritt, und daß die unvordenkliche Verjährung subsidiarisch da eintritt, wo wegen besonderer Umstände keine praescriptio definita würde Statt gefunden haben. Die unvordenkliche Verjährung kann also nur da eintreten, wo die Existenz eines gerechten Titels nicht undenkbar ist. Hier muß man nun 2 Fälle zu unterscheiden suchen: a) es ist von Verhältnissen des Bürgers zum Bürger die Rede. In diesem Fall kann der unvordenkliche Besitz kein Rechtsverhältniß begründen, welches schlechterdings der Willkühr der Bürger entzogen ist, und von ihnen nicht vertragsmäßig errichtet werden kann ([2]). Darüber

(1) Was Kress l. c. cap. 2. §. 35. gegen diese von Lynker Resp. 35. n. 44. aufgestellte Idee erinnert, befriedigt nicht; indeß hat die Praxis für die Ausdehnung entschieden.

(2) Vergl. Schmidt op. de praescr. op. 1. §. 79. Müller ad Leyser Obs. 737. 738.

ist man auch ziemlich einverstanden; desto streitiger aber ist es, welche Folgen b) Statt finden, wenn Jemand im unvordenklichen Besitzstande gegen den Regenten ist? Vorzüglich bestritten ist dieß in Ansehung der Regalien. Manche lassen den Erwerb der Regalien und die Befreyung von Hoheitsrechten durch unvordenkliche Verjährung ohne Einschränkung zu (1); die mehrsten hingegen unterscheiden zwischen größeren und geringeren Regalien. Nur die letzten, worunter man die kleineren, mehrentheils nur auf Gewinn abzweckenden Hoheitsrechte versteht, sollen dadurch erworben werden können, nicht aber die ersten, weil, wie man sagt, ein Unterthan derselben nicht fähig sey, quia ossibus principis inhaerent u. s. w. (2). Allein diese Unterscheidungen sind, wenigstens zum Theil, ganz grundlos, so wie man sich hier fast überall die größten Inconsequenzen zu Schulden kommen läßt. Was der gerechte Titel unter Bürgern bewirkt, eben das bewirkt ein Privilegium des Regenten für öffentliche Verhältnisse. Dieß gibt man auch allgemein zu. Hieraus folgt denn, als Haupt-Princip für diese ganze Materie, die Regel: der Unterthan kann durch unvordenkliche Verjährung sich allen Hoheitsrechten entziehen, oder dieselben erwerben, sofern ihm dieß durch die Staatsgewalt rechtlich hätte gestattet werden

(1) Ockel l. c. §. 34.

(2) Cocceii l. c. cap. 5. Gasser l. c. §. 15. sqq. Schmidt l. c. §. 75. 80. 84. Hofacker §. 986.

können. Es frägt sich also nur noch: wie weit erstreckt sich dieses Recht der Staatsgewalt? Wenn man an unabhängige Staaten denkt, deren Regent keiner höheren Gewalt unterworfen ist: so fällt die Unterscheidung zwischen dem Rechtlichen und Unrechtlichen ganz weg, weil der Regent hier im Verhältniß zu den Unterthanen, solange sie ihn überhaupt als Regenten anerkennen, nur moralischen Gesetzen unterworfen ist. Im Verhältniß zu der Reichshoheit muß also in Deutschland selbst das wichtigste Reichshoheitsrecht durch unvordenklichen Besitz erworben werden können. Leugnet man dieß, wie man es häufig genug thut, und soll auch hier die schöne Regel: regalia majora ossibus principis inhaerent ihre Dienste thun: so vernichtet man eben dadurch die Landeshoheit aller Territorial-Regenten, und die Gültigkeit jedes ungerechten Reichsgesetzes, wozu sich doch jetzt nicht leicht ein Jurist verstehen möchte. — Ist hingegen von subordinirten Regenten, wohin unsre Territorial-Regenten gehören, die Rede, so läßt sich freylich eine rechtliche Beschränkung der Gewalt derselben dahin, daß ihnen das Dispositions-Recht über regalia majora genommen ist, allerdings denken. Allein existirt eine solche in Deutschland? Die Practiker meynen dieß freylich, aber die Praxis widerstreitet ihnen gradezu. Wenn unsre Landesregenten von jeher adlichen Gutsbesitzern und Städten, welche bloße Unterthanen sind, ein Mitwirkungsrecht bey Ausübung

der gesetzgebenden Gewalt ertheilt haben; wenn sie die Criminal- und Civil-Gerichtsbarkeit, welche nur der rohen Gleichgültigkeit als ein kleines der Ehre und dem Beutel angenehmes Hoheitsrecht erscheinen kann, mit vollem Rechtsbestande nach Belieben verkauft und verschenkt haben, und wenn die Reichsgerichte in diesen und andern Fällen den unvordenklichen Besitz schützten: wo soll denn der Jurist die Grenzlinie finden, welche das Rechtmäßige von dem Unerlaubten scheidet? Das Einzige, was man mit Gewißheit sagen kann, ist dieß: der Territorial-Regent darf jura quaesita seiner Unterthanen nicht kränken, und kann, insofern er das Gegentheil thut, nach der Deutschen Verfassung unleugbar durch Zwang zu seiner Pflicht angehalten werden. Ein unvordenklicher Besitz, welcher erworbenen (versteht sich nicht auch durch Verjährung verlorenen) Rechten Eintrag thut, kann also nicht geschützt werden. Hätte daher z. B. ein Gutsgericht seit unerdenklichen Zeiten im Proceß sich ein tumultuarisches Verfahren erlaubt, so würde jeder Unterthan, dem es gefiele, sich gegen diesen Besitzstand auflehnen können.

§. 76.

2) Die unvordenkliche Verjährung kann nicht weiter gehen, als der bisher Statt gehabte Besitz. Alle Rechte, welche aus diesem Grunde nicht durch eine praescriptio definita verloren gehen (§. 43.),

sind aus demselben Grunde der unvordenklichen Verjährung nicht unterworfen, also z. B. nicht das Recht eine bisher von einem andern bloß pachtweise besessene Sache zurückzufordern ([1]); die actio finium regundorum, wenn beyde Theile keinen festen Besitzstand hatten ([2]), so wie das Recht, eine auf Wiederverkauf Jemand überlassene, oder eine verpfändete Sache einzulösen, wenn der Besitzer seit undenklichen Zeiten sich nicht mehr Rechte anmaßte, als ihm gestattet waren ([3]). Indeß sind manche in diesem Betracht andrer Meynung ([4]). Das Recht, jährliche Gefälle zu fordern, welches in bestimmter Zeit durch bloße Nichtausübung nicht überhaupt verloren geht, (§. 60), erlischt dagegen gänzlich, wenn es seit undenklicher Zeit nicht ausgeübt ist. Denn man schließt hier nicht, wie in der Lehre von der praescriptio definita: das Recht kann nicht weiter verloren gehen, als der Berechtigte nachlässig war; sondern vielmehr: wer seit undenklichen Zeiten sein Recht nicht ausgeübt hat, wird betrachtet, als ob er sich dessen rechtsgültig begeben hätte.

§. 77.

3) Da die vermuthete Rechtmäßigkeit des Besitzes der Grund der unvordenklichen Verjährung

(1) Pufendorf T. 1. Obs. 151. §. 9.

(2) Leyser Sp. 354. m. 11. sq.

(3) Ockel l. c. §. 45—47.

(4) Coccell D. cit. c. 5. n. 22—24.

ist, so können die oben §. 24. in Rücksicht der praescriptio dormiens aufgestellten Grundsätze hier keine Anwendung finden ([1]). Aus denselben Ursachen kann man weder den Kirchen, noch ex capite ignorantiae gegen die unvordenkliche Verjährung Restitution gestatten ([2]), doch gibt es manche, welche auch hier die clausula generalis des prätorischen Edicts mißbrauchen ([3]).

§. 78.

4) die unvordenkliche Verjährung setzt natürlich einen unvordenklichen Besitzstand voraus, und zwar darf derselbe nicht unterbrochen seyn ([4]). Wodurch der Besitz unterbrochen wird, ist hier als bekannt vorauszusetzen. Nur das verdient noch untersucht zu werden, ob auch die Citation (§. 17.) die unvordenkliche Verjährung unterbricht? Viele bejahen dieß ([5]). Allein da die Vorschriften des Römischen Rechts nur auf die praescriptio definita gehen; da sie sich darauf gründen, daß die Anstellung der Klage von dem Vorwurf der Nachlässigkeit befreye, welches Prin-

(1) Kress l. c. §. 3. §. 11.

(2) Ockel l. c. §. 57 — 60.

(3) z. B. Oddus tr. de rest. in int. P. II. qu. 9. Art. 5. 6. 7.

(4) R. A. v. 1576. §. 103.

(5) Berlich P. II. C. 9. n. 47. Ockel l. c. §. 56.

cip hier nicht angewandt werden kann; und da alle, von der praescriptio immemorialis handelnden Gesetze nur von einem factisch ununterbrochenen Besitz sprechen: so läßt sich diese Meynung nicht vertheidigen.

§. 79.

5) Die unvordenkliche Verjährung erfordert keinen guten Glauben, und selbst der Beweis des bösen Glaubens vermag, wie Treutler ([1]) mit Recht behauptet, nichts gegen den Besitzer. Zwar glauben viele, der unvordenkliche Besitz nutze, nach der allgemeinen Vorschrift des Kanonischen Rechts, in keinem Betracht etwas, wenn die mala fides erwiesen sey ([2]). Allein diese Behauptung widerstreitet der Natur dieses Instituts. Der unvordenkliche Besitz hat ja zur Folge, daß die Gerechtigkeit desselben vermuthet wird. Durch den Beweis der mala fides wird also nichts weiter bewirkt, als daß man sieht, der Besitzer habe sein eignes Recht in bösem Glauben ausgeübt. Was schadet dieß nun? Niemand verliert ja sein Eigenthum, weil er es bisher in dem bösen Glauben, daß es einem andern zustehe, besessen hat!

(1) Disp. Vol. 11. Disp. 12. Th. 6. Lit. A.

(2) Gail P. II. Obs. 18. Fachinei contr. L. 8. c. 26. Müller ad Leyser Obs. 735.

§. 80.

Noch weit bestrittener, als die bisher aufgestellten Grundsätze, sind alle den Beweis der unvordenklichen Verjährung betreffenden Momente. Man muß hier mehrere Fragen und Fälle von einander unterscheiden. I.) Wenn die Beweis- und Gegenbeweisführung durch Zeugen geschieht, so sind 1) in Ansehung des Beweises folgende Fragen besonders wichtig: A.) wie alt müssen die Beweiszeugen seyn? da, mit Ausnahme des einzigen Falls der 100 jährigen Präscription gegen die Römische Kirche, 40 Jahre der längste Zeitraum der praescriptio definita sind; da die praescriptio immemorialis, wie man glaubt, doch auf allen Fall etwas länger dauern muß, als die definita; und da man Niemand bis zur Pubertät einer deutlichen Wahrnehmung fähig hält: so ist daher die in Praxi am allgemeinsten recipirte Meynung entstanden, daß die Beweiszeugen über 54 Jahre alt seyn müssen (1). Andre glauben, das 50 jährige Alter reiche hin (2), welche Meynung auch an R. K. G. angenommen ist (3). Wieder andre lassen sogar 40 jährige Zeugen zu (4). Manche wollen dagegen, der Zeuge müsse wenig-

(1) Ockel l. c. n. 2. Kress l. c. cap. 4. §. 5.

(2) Pufendorf l. c. §. 5.

(3) Gail L. 1. Obs. 92. n. 7.

(4) Schmidt l. c. §. 65.

stens 70 Jahre alt seyn (¹). Am vernünftigsten ist es, wenn man sich hier auf die Angabe bestimmter Jahre nicht einläßt, und bloß im Allgemeinen verlangt, daß der Zeuge an dem Ort, wo der Beweis zu führen ist, zu den bejahrten Männern gehöre. Ein hohes Alter muß der Zeuge haben. Denn bey dem Beweise der praescriptio immemorialis soll ein Besitzstand über Menschengedenken (nicht dieses Menschen) dargethan werden. Derselbe Grund, warum jeder es lächerlich finden muß, wenn man vier 15 jährige Beweiszeugen produciren wollte, führt denn nothwendig zu dem Resultat, daß nur die, welche gemeinhin für alte Leute gehalten werden, hier als Beweiszeugen zulässig seyn können. Der Begriff: alt, ist aber sehr relativ. Gäbe es einen sehr gesunden Ort, wo in der Regel der Mann ein Alter von 90—100 Jahren erreichte, so würde es keinen Sinn haben, einen 60jährigen Zeugen zu produciren; so wie umgekehrt da, wo 50 Jahre in der Regel das höchste Alter sind, kein 70jähriger Zeuge verlangt werden kann. Man muß indeß aufrichtig gestehen, daß auch hier in Ansehung mancher Fälle, z. B. wenn eine ganze Generation durch Seuchen und Krieg bis auf wenig junge Leute ausgerottet ist, die Gesetze den Juristen ganz verlassen, und daß es in solchen Fällen nur immer eine Nothstütze ist, wenn man als Regel annimmt,

(1) Leyser Sp. 460. m. 6. 7.

daß im Zweifel stets wider die praescriptio immemorialis zu erkennen sey.

§. 81.

Am verwickeltsten ist B.) die Frage: was gehört zum Beweis-Thema, und wodurch wird dasselbe genau erschöpft? Die Forderungen der neueren Juristen sind hier sehr verschieden. Da unvordenklicher Besitzstand erwiesen werden soll, so müssen a) die Zeugen aussagen, daß, so weit ihre Erfahrung reicht (se vidisse), der streitige Besitz stets Statt gefunden habe. Das: omnium esse opinionem in L. 28. de probat. ist wohl am natürlichsten von der Wissenschaft der Zeugen zu verstehen (¹). b) Müssen sie den fortwährenden Besitz bezeugen. Hier entsteht nun aber wieder eine neue Schwierigkeit. In den oben ausgezogenen Fragmenten des Römischen Rechts, welche die einzigen sind, worin etwas über das Detail des Beweises vorkommt, sind überall solche Fälle zum Grunde gelegt, da der fortwährende Besitzstand sich von selbst versteht, wenn die Zeugen nur nicht Einmal das Gegentheil gesehen haben. Denn bey einem existirenden opere manufacto sind keine intervalla denkbar. Allein gesetzt, es soll ein durch fortwährende Handlungen auszuübender Besitz erwiesen werden, z. B. daß Jemand eine Servitut seit undenklichen Zeiten

(1) Pufendorf l. c. §. 8. Schmidt l. c. §. 67.

* Unterholzner, gesammte Verjährungslehre
Band 2, Seite 191. §. 216.
Band 1. " 497. §. 139
" " " 529 §. 150

ausgeübt habe? Nach der Strenge sollte man hier den Beweis des exercitii continui verlangen.* Da es indeß (oft bis zum Lächerlichen) allgemeiner Geist unsrer Praxis ist, die Beweisführung möglichst zu erleichtern; so ist es nicht zu verwundern, wenn man sich hier mit dem Beweise des Ersten und Letzten begnügt, und das, was in der Mitte liegt, durch Conjecturen ausfüllt (1). c) Wenn die Zeugen das gehörige Alter haben, und den Nichtbesitz, sofern derselbe während ihres Lebens Statt gefunden hätte, wissen könnten, so genügt ihr Zeugniß in dem unbestimmten: so weit unsre Rückerinnerung reicht. Daß sie bestimmte Jahre der Rückerinnerung angeben, fordert kein Gesetz (2). d) Auch ihrer Vorfahren müssen sie nach Römischem Recht erwähnen, aber wie? Manche glauben, die Aussage müsse dahin geschehen: wir haben von unsern Vorfahren gehört, daß sie nie das Gegentheil wahrgenommen (3); doch streiten diese sich wieder darüber, ob die Vorfahren namentlich zu nennen sind, oder nicht? ob es im ersten Fall erforderlich ist, mehrere zu nennen, oder ob die Erwähnung eines einzigen hinreicht? und ob im letzten Fall dem Erfüllungseyde Statt gegeben werden

(1) Coccei l. c. cap. 4. n. 4.

(2) Pufendorf l. c. §. 6. Schmidt l. c. §. 62. Dissent. Hofacker §. 983.

(3) Hofacker §. 983.

Mühlenbruch, Doctr. Pand. §. 375
Vol. 2. pag. 337.

kann [1]? Andre dagegen behaupten, es genüge, wenn die Zeugenaussagen dahin gehen: wir haben von unsern Vorfahren das Gegentheil nicht gehört. Dieß ist auch der L. 28. de probat. am gemäßesten [2].

§. 82.

2) In Ansehung des Gegenbeweises durch Zeugen kommt alles auf die Frage an: wodurch wird das Gegenbeweis-Thema erschöpft? Auf die oben ausgezogenen Fragmente des Römischen Rechts gestützt behaupten einige, der geführte Beweis werde umgestoßen, wenn der Anfang des Besitzes von den Gegenbeweiszeugen dargethan werde [3]. Andre verlangen dagegen den Beweis eines fehlerhaften Anfangs [4]. Die, welche nicht grade den Beweis des Anfangs für nothwendig halten, und den Beweis eines überhaupt nicht Statt gefundenen Besitzes als widerlegend betrachten, sind wieder sehr uneinig darüber, in welchen Zeitpunkt die contraria fallen müssen?

(1) Cocceii l. c. cap. 4. n. 3. Kress l. c. cap. 3. §. 4.

(2) Pufendorf l. c. §. 7. Müller ad Leyser Obs. 736. Schmidt l. c. §. 66.

(3) Schmidt l. c. §. 70. Gasser l. c. §. 40.

(4) Hofacker §. 982. Müller ad Leyser Obs. 734.

Kave [1] meynt, wenn der Beweisführer einen 40jährigen Besitz dargethan habe, so richte der Gegenbeweisführer nichts aus, wenn er zeige, daß vor 40 Jahren das Gegentheil Statt gefunden habe. Andre erweitern die Zeit bis auf 100 Jahre [2], oder halten den Beweis für umgestoßen, wenn der Gegenbeweiszeuge aussagt, er habe das Gegentheil von seinen Vorfahren gehört; doch ist auch unter diesen wieder Streit darüber, ob man unter Vorfahren die nächsten, oder auch weiter des Vorfahren Vorfahren begreifen müsse [3]? Nach L. 28. de probat. L. 26. de aqu. et aqu. pluv. arcendae, und den Aeußerungen der neuern Rechte über den Besitz innerhalb und über Menschengedenken scheinen folgende Ideen die richtigsten zu seyn. Die unvordenkliche Verjährung setzt einen Besitz ultra hominum memoriam voraus. Hat das Gegentheil dieses Besitzes innerhalb Menschengedenken Statt gefunden, so erreicht der Gegenbeweisführer seinen Zweck, wenn er dieß darthut. Wir wollen setzen, zu Menschengedenken gehöre ein Zeitraum von 100 Jahren. Kann der Gegenbeweisführer darthun, daß innerhalb dieser Zeit ein

(1) De praescr. §. 186.

(2) Cocceii cap. 4. n. 3.

(3) Kress l. c. cap. 3. §. 3.

contrarium Statt gefunden habe, so ist, wie dieß aus dem Begriff des unvordenklichen Besitzes, und den Reichsgesetzen (4) folgt, der Beweis elidirt. Daß der Anfang des Besitzes erwiesen werde, ist keine absolute Nothwendigkeit. Im Römischen Recht ist zwar vom initio operis die Rede. Allein bey stehenden, fortwährend in die Augen fallenden Werken ist es sehr natürlich, nur des initii zu erwähnen, weil dieß das jüngste und bekannteste contrarium ist. In dem angeführten R. A. wird daher auch nicht gesagt: der, welcher keine Anlagen entrichtet hat, ist nicht frey, wenn erwiesen ist, daß er in Menschengedenken dann oder dann zuerst die Entrichtung unterlassen hat, sondern: er ist nicht frey, wenn er sie innerhalb Menschengedenken einigemal entrichtet hat. Fordert man bloß den Beweis des initii, so geräth man, bey voller Consequenz, auf die einleuchtende Ungereimtheit, daß, wenn A den Besitz seit Menschengedenken dargethan hat, B hingegen nichts weiter erweisen kann, als daß vor 13, 14, 15 Jahren contraria Statt gefunden haben, der Beweis nicht als elidirt betrachtet wird. Noch mehr: wenn A einen fortwährenden 300jährigen Besitz erweist, der Gegenbeweisführer aber darthut, daß dieser Besitz vor 400 Jahren angefangen habe: — ist hier wider

(4) R. A. v. J. 1576. §. 103.

den Beweisführer zu sprechen? Jeder wird fühlen, daß das: innerhalb Menschengedenken für A entscheidet. Und doch können sich die, welche schlechthin durch Bezeugung des initii den Gegenbeweis für erschöpft halten, nicht anders, als zum Nachtheil desselben erkennen, wenn sie nicht, wie manche thun ([1]), mit Berufung auf die Billigkeit, also per Deum ex machina, sich aus der Verlegenheit helfen. Das Gegenbeweis-Thema kann diesem zufolge nur darauf gerichtet seyn, außer Zweifel zu setzen: daß innerhalb Menschengedenken der bewiesene ununterbrochene Besitz nicht Statt gefunden habe. Allein was ist Menschengedenken? Weder im Kanonischen Recht, noch in den Reichsgesetzen findet sich hierüber eine Aufklärung, und also muß die Bestimmung aus dem Römischen Recht hergenommen werden. Dieß entscheidet aber offenbar dahin: eine memoria contrarii existirt alsdann, wenn die Zeugen es selbst erfahren, oder von ihren Vorfahren gehört haben, daß denselben das Gegentheil bekannt gewesen sey. Mit den nächsten Vorfahren der Zeugen schließt also der Gegenbeweis. Sind die Data desselben aus dem Zeitalter der jetzigen und der nächstvorhergehenden Generation genommen: so sind sie relevant; alles hingegen, was in ältere Zeiten

(1) J. B. Kreß l. c. cap. 2. §. 11.

reicht, steht dem Beweis-Thema nicht entgegen. Bestimmte Jahre lassen sich natürlich auch hier nicht angeben.

§. 83.

Noch ist hier in Ansehung des Beweises durch Zeugen anzumerken, daß es eine fast allgemeine Behauptung ist, bey dem Beweise der unvordenklichen Verjährung müsse man die bejahenden den verneinenden Zeugen vorziehen (¹). Diese Behauptung beruht auf dem häufig vertheidigten allgemeinen Satz, daß überhaupt ein verneinender Zeuge wenig oder nichts beweise, welches aber unleugbar irrig ist. Daß etwas nicht geschehen sey, kann Jemand aus der bestimmtesten Erfahrung wissen; es kann indeß Fälle geben, da dem Beobachtenden ein Factum entgeht. Alles was man mithin sagen kann, ist dieß: der bejahende Zeuge, welcher etwas gesehen hat, ist dann dem verneinenden vorzuziehen, wenn der Aufmerksamkeit des letzten ein Factum entgangen seyn kann, und er dieß nicht zu leugnen vermag. Ist indeß sein Verneinen auf eine gewisse Erfahrung gegründet, so ist kein Grund vorhanden, ihn dem bejahenden Zeugen nachzusetzen, z. B. wenn er behauptet,

(1) Cocceii l. c. cap. 4. n. 3. Schmidt l. c. §. 73.

vor dem Fenster seines seit 40 Jahren von ihm bewohnten Zimmers habe nie ein Haus gestanden (1). Eben dieß muß denn auch bey dem Beweise der unvordenklichen Verjährung eintreten.

§. 84.

II.) Was den Beweis der unvordenklichen Verjährung durch Instrumente (Papiere, Inschriften, Markzeichen u. s. w.) betrift, so entsteht 1) in Rücksicht dieser Beweisart die Hauptfrage: ob überhaupt hier der Beweis durch dieses Mittel geführt werden könne? Einige leugnen dieß ganz (2); andre bejahen es unbedingt (3), und noch andre sind der Meynung, daß dadurch der Beweis zwar nicht vollständig geführt, aber doch das Mangelhafte der Zeugenaussagen ergänzt werden könne (4).

(1) Vergl. J. H. Boehmer J. E. P. L. II. T. 19. §. 19. Brunquell D. de ratione dicti testium (opusc. T. II.) §. 23. Struben 1. B. 77. Bed. Müller ad Leyser Obs. 499. 500. 736.

(2) Mascard Vol. III. Concl. 1043. n. 3. n. ult. — Diesen steht auch noch wohl cap. 13. X. de probat. entgegen.

(3) Schmidt §. 69. Hofacker §. 983.

(4) Rave §. 184.

— Im Grunde ist hier mehr Streit über das Factische, als über das Rechtliche. Können Instrumente das erfüllen, was von den Beweiszeugen verlangt wird, so beweisen sie plene; wo nicht, so unterstützen sie nur den Beweis, oder beweisen gar nichts. Es frägt sich also, ob das erste bejahet werden kann? Dieß läßt sich nun wohl schwerlich unbedingt leugnen; aber freylich darf man dem Beweisführer die Sache nicht so leicht machen, wie die thun, welche den Beweis für vollendet halten, wenn ein 3, 10, 20, 30, 40 Jahre Statt gefundener Besitz aus dem Instrument hervorgeht. Der Zeuge wird bey diesem Beweise über seine, und seiner Vorgänger Wissenschaft befragt, und muß sowohl über diese, als über jene, wenn auch über die letzte nur durch ein: nescio, Rechenschaft geben. Ein Instrument, welches bloß über den in dem letzten Menschenalter vorhanden gewesenen Besitz Aufschluß gibt, hat die gleichfalls zu berührende Wissenschaft der Vorgänger in keinem Betracht erwähnt, wie doch geschehen muß. Da nun ein Instrument nicht bezeugen kann, daß es etwas nicht gehört habe: so muß bey demselben das unbestimmte Verneinen, welches nur bey Zeugen denkbar ist, sich nothwendig in ein bestimmtes Bejahen verwandeln, d. h. aus dem Instrument muß erhellen, daß der behauptete Besitz nicht allein in dem letzten, sondern auch in dem vorletzten Menschenalter Statt gefunden habe. Die, welche nach dem obigen, über-

haupt den Beweis eines 106 jährigen Besitzes fordern, kommen denn gewiß (die runde Zahl abgerechnet) auch hier der Wahrheit am nächsten. 2) Die Zulässigkeit des Gegenbeweises durch Instrumente wird allgemein anerkannt, nur ist es ebenfalls bestritten, was den Inhalt des Gegenbeweis-Thema ausmacht [1]? Was vorhin in Rücksicht der Gegenbeweisführung durch Zeugen gesagt ist, muß von selbst auf die Beantwortung dieser Frage führen.

§. 85.

III.) Da es Regel ist, daß der Beweisführer seinem Gegner über das zu Beweisende einen Eyd zuschieben, und damit dessen Gewissen die Entscheidung der Sache überlassen kann: so läßt es sich nicht wohl in Zweifel ziehen, daß die Eydes-Delation auch bey dem Streit über die Existenz eines unvordenklichen Besitzes völlig rechtsbeständig ist [2].

(1) Müller ad Leyser Obs. 734. Kress l. c. cap. 2. §. 11. Menken l. c. §. 6. 7.

(2) Pufendorf T. II. Obs. 55. Rave §. 185. Schmidt §. 69.

§. 86.

Aus den bisherigen Erörterungen muß nun jeder von selbst die so bestrittenen Fragen: ob die unvordenkliche Verjährung sich im Naturrecht gründe ([1])? und ob sie durch ein positives Gesetz aufgehoben werden könne ([2])? nach seinem Systeme beantworten können. So viel ist ziemlich von selbst klar: wenn der unvordenkliche Besitz mehr Rechte ertheilt, als der Besitz überhaupt nach der Natur der Sache: so ist sie insofern ein bloß positives Institut. Denn wie lassen sich im Naturrecht auf etwas mehr oder minder Zeit ganz neue Zwangsrechte gründen? Ist es daher z. B. ein natürlicher Rechtsgrundsatz: wer eine Servitut ausgeübt hat, muß dessen ungeachtet seinen Titel ediren: so ist es ein bloßes singulare des positiven Rechts, wenn die unvordenkliche Ausübung die Stelle des Titels vertritt. Es kommt also in Rücksicht der ersten Frage alles auf das individuelle Naturrecht eines jeden an. Glaubt man indeß, daß die unvordenkliche Verjährung juris naturalis sey: so braucht man sich gar nicht mit den Begriffen der unvordenklichen Zeit abzumartern (wie

(1) Was, man darf wohl sagen, seichtes und gesuchtes darüber gesagt ist, findet man ziemlich gesammelt bey Kress l. c. §. 12. fgg. Rave §. 172—176.

(2) Rave §. 190. Müller ad Leyser Obs. 739.

so oft geschehen ist), da der bloße Begriff des Besitzes entscheiden muß. Schwerlich wird aber für die, welche dem Naturrecht nicht vage Gefühle zum Grunde legen, die so beliebte Meynung, daß die ewige Stimme der Vernunft der unvordenklichen Verjährung zur Basis diene, jemals einleuchtend werden. Die Vernunft mag viel zum Gewissen reden: das Recht zum Zwange wird sich aus ihr nie weiter streng deduciren lassen, als dahin, daß Jeder Beeinträchtigungen seiner Freyheit von sich abwehren kann. Daß man ein Stück Land, worauf man nicht steht, ausschließlich seiner Disposition unterwerfen kann, weil man vorher darauf gestanden hat, oder daß man einem andern Handlungen verbieten darf, weil man sie bisher allein ausgeübt hat; — dieß alles sind bloß kluge Vorschriften der positiven Gesetze. Der Besitzstand gibt nur natürliche Zwangsrechte, soweit die eigentliche physische Detention gestört ist, und auch dann fließt eigentlich nicht aus dem Besitz, sondern aus der durch Störung desselben verletzten Freyheit der Person das Zwangsrecht. Die unvordenkliche Verjährung ist also nur in diesem einzigen Fall ein Product des Naturrechts, aber auch hier nicht, weil sie sich auf einen Besitz über Menschengedenken gründet, sondern weil ein bloßer Besitz vorhanden war. Ist also auch das Naturrecht im Staat unabänderlich, so bleibt doch der größte Theil der unvordenklichen Verjährung der Willkühr des Gesetzgebers überlassen.

Das übrige mag man gern in Compendien für absolut, nothwendig und unumstößlich erklären, wenn man sich nur bescheidet, wie man thut und thun muß, daß der Regent allein den Ausschlag geben kann, wenn die Frage entsteht, ob in einem gegebenen Fall seine Gewalt so weit reiche, oder nicht?

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Thibaut, Anton Friedrich Justus,

Ueber Besitz und Verjährung

Jena 1802

J.rom.m. 600 r
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567397-4